Die Kollision von Kennzeichenrechten

Alexander Pehle

1970

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41548328_0041

Die Kollision von Kennzeichenrechten

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde
der Hohen Juristischen Fakultät
der Ludwig-Maximilians-Universität

vorgelegt von

Alexander Pehle

München 1969

Referent: Professor Dr. Eugen Ulmer
Korreferent: Professor Dr. Friedrich-Karl Beier

Tag der mündlichen Prüfung: 13. Februar 1970

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

Dissertations- und Fotodruck Frank · 8000 München 13 · Telefon 52 46 07

Inhaltsverzeichnis

Seite

1. Kapitel

I. Das Verhältnis insbesondere die Kollision von Kennzeichenrechten 1

1. Die Einteilung der Kennzeichenrechte 2
2. Das Verhältnis der Kennzeichenrechte 4
3. Der Begriff der Kollision 10

a) Die Zweiseitigkeit der Kollision 10
b) Die zeitliche Fixierung der Kollision 11
c) Die Kollision gleichartiger und ungleichartiger Kennzeichenrechte 11

4. Die Kollision der Schutznormen 12
5. Die Kongruenz der Schutznormen 16

II. Die Bedeutung des Prioritätsgrundsatzes 23

1. Die Bedeutung des Prioritätsgrundsatzes für die Kollision gleichartiger Kennzeichenrechte 23
2. Die Geltung des Prioritätsprinzips für die Kollision ungleichartiger Kennzeichenwerte 29
3. Die Anwendung des Prioritätsgrundsatzes bei nachträglichen Änderungen des Schutzumfangs oder Änderungen der Rechtsnatur der Kennzeichenrechte 33

Seite

2. Kapitel

Die Kollisionsprobleme von Warenzeichen, Ausstattung und berühmter Marke ohne Namensfunktion 37

I. Die rechtlichen Voraussetzungen einer Kollision bei Warenzeichen und Ausstattungsrechten 37

1. Der örtliche Schutzbereich des Warenzeichens 37
2. Der örtliche Schutzumfang des Ausstattungsrechts 41
3. Die Verwechslungsgefahr bei Warenzeichen und Ausstattung 42

a) Die mittelbare oder Verwechslungsgefahr im weiteren Sinne 44
b) Die Abstandslehre 49

4. Der Begriff der Warengleichartigkeit 52

a) Versuch einer eigenen Auslegung 62
b) Der Begriff der Warengleichartigkeit bei der Ausstattung 64

II. Die berühmte Marke ohne Namensfunktion 65

1. Die rechtlichen Voraussetzungen einer Kollision bei der berühmten Marke ohne Namensfunktion 65
2. Die Schutzwirkung der berühmten Marke ohne Namensfunktion 69

III. Der für die Priorität maßgebliche Zeitpunkt bei Warenzeichen und Ausstattung 71

1. Die Priorität des Warenzeichens 71

a) Vom Anmeldetag abweichende Prioritäten 72

2. Der für die Priorität maßgebliche Zeitpunkt bei der Ausstattung 74
3. Die Priorität im Rechtsschutz der berühmten Marke 75

Seite

IV. Anwartschaft und Vorbenutzung im Kennzeichenrecht 76

1. Anwartschaft und Vorbenutzung beim Warenzeichen 76
2. Anwartschaft und Vorbenutzung gegenüber der Ausstattung 78

V. Die Verwirkung im Kennzeichenrecht am Beispiel von Warenzeichen und Ausstattung 82

VI. Die Auslegung des § 16 WZG 88

1. Kritik ab der Auslegung des Begriffs des warenzeichenmäßigen Gebrauchs in § 16 WZG durch die herrschende Lehre 94
2. Lösungsmöglichkeit für die Auslegung des Begriffs des warenzeichenmäßigen Gebrauchs in § 16 WZG 104
3. Zusammenfassung 112

VII. Die Rechtsfolgen der Kollision von Warenzeichen untereinander sowie mit Ausstattungsrechten 114

1. Die Kollision von Warenzeichen untereinander 114
2. Die Kollision des älteren Warenzeichens mit der jüngeren Ausstattung 119
3. Die Kollision des älteren Ausstattungsrechts mit dem jüngeren Warenzeichen 120
4. Die Kollision der älteren örtlich beschränkten Ausstattung mit dem jüngeren Warenzeichen 128

Seite

3. Kapitel

Die Kollision bei Firmenrechten 133

I. Die rechtlichen Voraussetzungen einer Kollision 133

1. Der örtliche Schutzbereich der Firma 133
2. Der sachliche Schutzbereich der Firma 136
3. Der sachliche Schutzbereich der Firma nach § 12 BGB 139
4. Der Prioritätsgrundsatz im Firmenrecht 140
5. Das Problem der Gleichnamigkeit im Firmenrecht 141
6. Der für die Priorität maßgebliche Zeitpunkt bei Firmenrechten 144

II. Die Kollision von Firma und Warenzeichen 148

1. Das Verhältnis von Firma und Warenzeichen 148

a) Die Möglichkeit der Beeinträchtigung der Firma durch den Gebrauch als Warenzeichen 148
b) Die Möglichkeit der Beeinträchtigung des Warenzeichens durch den Gebrauch als Firma 153

2. Die Kollision von älterer Firma und jüngerem Warenzeichen 154
3. Die Kollision des älteren Warenzeichens mit der jüngeren Firma 159

a) Die Kollision von älterem Warenzeichen und jüngerer Phantasiefirma 162
b) Die Kollision des älteren Warenzeichens mit der jüngeren, mit dem bürgerlichen Namen gebildeten Firma 163

III. Die Kollision von Firma und Ausstattung 166

Seite

4. Kapitel

Die Kollisionsprobleme bei den Kennzeichenrechten des § 16 I UWG am Beispiel des Unternehmenskennzeichens 167

I. Die Kollision von Unternehmenskennzeichen untereinander 169

1. Der für die Priorität maßgebliche Zeitpunkt 169
2. Die Anwendung des Rechtsgedankens aus § 16 WZG auf § 16 I UWG 173

II. Das Verhältnis insbesondere die Kollision von Unternehmenskennzeichen und Firmenrechten 175

III. Das Verhältnis insbesondere die Kollision von Unternehmenskennzeichen mit Warenzeichen und Ausstattungsrechten 177

IV. Das Verhältnis der Unternehmenskennzeichen nach § 16 I UWG und der sog. Betriebsabzeichen nach § 16 III Satz 1 UWG 180

Seite

5. Kapitel

Die Kollisionsprobleme beim Namensrecht 183

I. Begriff des Namens im Sinne von § 12 BGB 183

1. Der Erwerb des bürgerlichen Namens durch natürliche Personen 183
2. Das Namensrecht der juristischen Personen 185
3. Der Schutz der beschränkten Namensfunktion in § 12 BGB 190

II. Die rechtlichen Voraussetzungen einer Kollision 192

1. Der örtliche Schutzbereich des Namensrechtes 192
2. Der sachliche Schutzbereich des § 12 BGB 195

III. Die Geltung des Prioritätsprinzips im Rahmen von § 12 BGB 199

IV. Die Anwendung des Rechtsgedankens aus § 16 WZG auf die Bestimmung des § 12 BGB 200

Literaturverzeichnis

I) Lehrbücher und Kommentare zum Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht

1) Ältere Werke

Callmann Rudolf - Der unlautere Wettbewerb
Kommentar 1. Auflage 1929
2. Auflage 1932

Elster - Urheber und Erfinder, Warenzeichen und Wettbewerbsrecht 2. Auflage 1928

Hagens Alfred - Warenzeichenrecht Kommentar 1927

Kohler Josef - Warenzeichenrecht 2. Auflage 1910

Pinzger - Das deutsche Warenzeichenrecht Kommentar 2. Auflage 1937

Rosenthal - Wettbewerbsgesetz 6. Auflage 1927 - 8. Auflage 1930

Seligsohn Arnold - Gesetz zum Schutz der Warenbezeichnungen Kommentar 3. Auflage 1925

2) Neuere Werke

Baumbach Hefermehl - Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht Kommentar 8. Auflage 1960 sowie 9. Auflage 1967 Band II Warenzeichenrecht, 10. Auflage 1969 Band II Warenzeichenrecht, 9. Auflage 1964 Band I Wettbewerbsrecht

Bußmann Pietzcker - Kleine - Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht Lehrbuch 3. Auflage 1962

Busse - Warenzeichengesetz 3. Auflage 1960 mit Nachtrag 1962

von Gamm - Warenzeichengesetz 1965 mit Nachtrag 1968

Godin-Hoth - Wettbewerbsrecht Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb und zum Zugabe- und Rabattrecht 1957

Hartgen - Warenzeichengesetz 1968 Kommentar

Hubmann - Gewerblicher Rechtsschutz Ein Studienbuch 2. Auflage 1969

Reimer - Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht 3. Auflage 1954

Reimer - Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht
1. Band Warenzeichen und Ausstattung
4. Auflage 1966 bearbeitet von Trüstedt, Richter, Heydt

Storckebaum Kraft - Warenzeichengesetz 1967 Kommentar

Tetzner - Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb 2. Auflage 1957

Tetzner - Kommentar zum Warenzeichengesetz 1958

Ulmer Reimer - Das Recht des unlauteren Wettbewerbs in den Mitgliedstaaten der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft Band III Deutschland 1968

II) Abhandlungen sowie Lehrbücher und Kommentare aus anderen Rechtsgebieten

Baumbach Duden - Handelsgesetzbuch Kommentar 18. Auflage 1968

Baumbach Hueck - Aktiengesetz Kommentar 13. Auflage 1968

Becher Hans - Der Schutz der berühmten Marke GRUR 1951/489-494

Becher Hans - Der Warenbereich des Warenzeichens GRUR 1953/274 f

Beier - Besprechung der Entscheidung des BGH "Kupferberg" GRUR 1966/629

Bußmann - Name Firma Marke Beiträge zum Patent-, Marken- und Wettbewerbsrecht 1937

Bußmann - Freihaltebedürfnis, Schutzfähigkeit und Schutzumfang des Warenzeichens Mitt. 1959/269-275

Daniels Jürgen - Warenabstand und Verwechslungsgefahr Diss. Hamburg 1967

Dunkhase - Zeichenübereinstimmung und Warengleichartigkeit MUW XVIII 174-177

Droste Helmut - Die Verwirkung von Unterlassungsansprüchen im Warenzeichenrecht GRUR 1950/560-567

Elsaesser - Der Rechtsschutz berühmter Marken 1959

Enneccerus Nipperdey - Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts Lehrbuch 1. Halbband 15. Auflage 1959

von Falck - Besprechung der Entscheidung des BGH "Eppeleinsprung" GRUR 1964/380, 381

Fettweis Karola - Der örtlich beschränkte Besitzstand an einer Warenausstattung Stuttgart Berlin 1940

Gadow Heinichen Fischer - Kommentar zum Aktiengesetz Band I 2. Auflage 1961; Band II 2. Auflage 1965

Godin Freiherr von - Der angebliche Grundsatz der Priorität im Gebrauch nach § 16 UWG GRUR 1929/998-1003

Haupt Wolfgang - Die Bedeutung des Prioritätsgrundsatzes im Recht der Kennzeichen Diss. Köln 1963

Hachenburg - Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, bearb. Schmidt, Schilling, von Goerdeler Band I 6. Auflage 1956

Harder Herrmann L. v. - Zeichenschwäche auf Grund Verwässerung und Wahl des Zeichens GRUR 1964/299-304

Hagens - Die Verwechslungsgefahr bei Namen und Firman nach § 16 UWG MUW 1927/28 Seite 289

Hefermehl - Festschrift für Alfred Hueck 1959; Der namensrechtliche Schutz geschäftlicher Kennzeichen Seite 519 ff.

Heydt Ludwig - Grenzen der Verwirkung im gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht GRUR 1951/182-186

Heydt - Besprechung der Entscheidung des BGH "Mon cherie" GRUR 1961/184, 185

Heydt - Besprechung der Entscheidung des BGH "White Horse" GRUR 1966/271, 272

Heydt - Besprechung der Entscheidung des BGH "Shortening" GRUR 1966/679

Heydt - Besprechung der Entscheidung des BGH "Polyestra" GRUR 1968/695, 696

Hueck Nipperdey - Lehrbuch des Arbeitsrechts Band I 7. Auflage 1963

Kraft Alfons - Interessenabwägung und gute Sitten im Wettbewerb 1963

Lang Helmut - Der Schutz der notorisch bekannten Marken im deutschen und internationalen Warenzeichenrecht Diss. Mainz 1953

Leo Hans Christoph - Kritische Gedanken zur Abstandsrechtsprechung des BGH GRUR 1963/607-614

Lindenmaier F. - Namens- und Firmenschutz im Geschäftsverkehr BB 1953/629 - 632

von Mangoldt Klein - Das Bonner Grundgesetz Band I 2. Auflage 1957, Band II 2. Auflage 1964

Maunz Dürig - Grundgesetz Loseblattkommentar, Stand 9. Lieferung September 1968

Mielke Werner - Die Rechtsnatur der Warenausstattung und die Kollision zwischen Warenzeichen und Ausstattung Diss. Hamburg 1951

Miosga Willy - Querschnitt durch aktuelle Probleme des Zeichenrechts GRUR 1961, 266-274

Möhring Philipp - Hausfarben und ihre rechtliche Bedeutung MA 1950 139-145

Munzinger Helmut - Die subjektive Grundlage des Gleichartigkeitsbegriffs GRUR 1964/186-191

Nastelski - Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Firmenschutz WUW 1956/188-193

von der Osten - Die Verkehrsgeltung im Warenzeichen und Wettbewerbsrecht 1959

Raape - Internationales Privatrecht Lehrbuch 5. Auflage 1961

Reimer Eduard - Wichtige Interessenausgleichsfragen im Patent- und Warenzeichenrecht und ihre Behandlung durch die Rechtsprechung GRUR 1931/447-471 insb. 467 f.

Reimer Ernst - Firmenschutz und Warengleichartigkeit GRUR 1951, 222-225

Riehle Gerhard - Zur Kollision von Firma und Warenzeichen Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht = ZHR 128. Band Seite 1 - 47

Rosenthal Alfred - Besprechung der Entscheidung "Rex" in JW 1924/702

Schlegelberger - Kommentar zum Handelsgesetzbuch Band I erläutert von Hildebrandt Schröder 4. Auflage 1960

Schramm - Grundlagenforschung auf dem Gebiet des gewerblichen Rechtsschutzes 1954

Schramm - Der Schutzumfang GRUR 1950/397-404

Seligsohn A. - Grundsätze aus den Reichsgerichtsentscheidungen, Besprechung JW 1915/1395

Seligsohn M. - Die örtlichen Grenzen des Zeichenrechts in Abhandlungen zum Arbeitsgebiet des Reichspatentamts Berlin 1927 Hrsg. Hermann Isay S. 193-208

Seligsohn J. - Einfluß der Zeit auf den gewerblichen Rechtsschutz GRUR 1930/93 - 106

Siebert - Das Namensrecht im Verhältnis zum Firmen- Warenzeichen- und Wettbewerbsrecht BB 1959/641-644

Siebert Wolfgang - Zur allgemeinen Problematik des Persönlichkeitsrechts NJW 1958/1366-1374

Simon Helmut - Der Prioritätsgrundsatz in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Kennzeichenrecht; Festschrift Werner vom Stein Karlsruhe 1961 Seite 120-127

Soergel Siebert - Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch bearbeitet u. a. von Schultze von Lasaulx Band I Allgemeiner Teil 10. Aufl. 1967

Spengler Albrecht - Das Vorbenutzungsrecht bei Warenkennzeichen GRUR 1953/160-165

Staudinger - Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch I. Band Allgemeiner Teil bearbeitet von Brändl und Coing 11. Auflage 1957

Staudinger - Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch II. Band Recht der Schuldverhältnisse Teil 1 b § 242 bearbeitet von Weber 11. Auflage 1961

Tilmann Winfried - Zeichenbenutzung und Zeichenverletzung GRUR 1968/ 619-626

Trüstedt Wilhelm - Die Bedeutung der formellen Priorität im Zeichenrecht MA 66/260-273

Ulmer Eugen - Warenzeichen und unlauterer Wettbewerb in ihrer Fortbildung durch die Rechtsprechung Berlin 1929

Ulmer - Sinnzusammenhänge im modernen Wettbewerbsrecht 1932

Ulmer - Warenzeichen und Firma zwischen Ost und West GRUR 1949/ 63 - 70 und Süddeutsche Juristenzeitung SJZ 48/ 24

Ulmer - Aus dem Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht - Rechtsfragen der Nachkriegszeit GRUR 1951/355-362

Ulmer - Verkehrsgeltung und Besitzstand im Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht 114. Band S. 43-56

Ulmer - Urheber- und Verlagsrecht Lehrbuch 2. Auflage 1960

Utescher - Die patentamtliche Rechtsprechung in Warenzeichensachen GRUR 1930/358-374

Utescher Wolfgang - Warenzeichenmäßiger Gebrauch der im Geschäftsverkehr üblichen Angaben Diss. Hamburg 1958

Wilde Günther - Probleme der warenzeichenmäßigen Benutzung von Kennzeichnungen GRUR 1968/477-485

Wipprecht Wolfgang - "Tosca" und die Folgen WRP 1961 145-147

Würdinger - im Kommentar zum Handelsgesetzbuch früher herausgegeben von Mitgliedern des Reichsgerichts I. Band 2. Auflage 1953, 3. Auflage 1967

Zeller - Was ist warenzeichenmäßiger Gebrauch? GRUR 1954/ 152-154

Abkürzungsverzeichnis

aaO.	am angeführten Ort
AktG.	Aktiengesetz
BB	Der Betriebs-Berater
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Bundesgerichtshof amtliche Sammlung in Zivilsachen Band, Seite
BlPMZ	Blatt für Patent, Muster und Zeichenwesen. Jahr, Seite
DB	Der Betrieb. Jahr, Seite
DPA	Deutsches Patentamt München
GG	Grundgesetz
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Zeitschrift der deutschen Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht, Jahr, Seite
HGB	Handelsgesetzbuch
hM.	herrschende Meinung
JW	Juristische Wochenschrift. Jahr, Seite
JZ	Juristenzeitung. Jahr, Seite
LM	Lindenmaier Möhring Loseblattsammlung von Entscheidungen des BGH nach § und Seite.
Mitt.	Mitteilungen des Verbands deutscher Patentanwälte. Jahr, Seite
MMA	Madrider Markenabkommen vom 14. 4. 1891 betreffend die internationale Registrierung von Fabrik- und Handelsmarken
MMW	Markenschutz und Wettbewerb. Jahrgang, Seite
NJW	Neue Juristische Wochenschrift. Jahr, Seite
PVÜ	Pariser Verbandsübereinkunft
PatG	Patentgesetz
RG	Reichsgericht
RGSt	Reichsgerichtsentscheidungen in Strafsachen amtliche Sammlung. Band, Seite
RGZ	Reichsgerichtsentscheidungen in Zivilsachen
RGBl	Reichsgesetzblatt
SJZ	Süddeutsche Juristenzeitung

ÜLG	Gesetz zur Änderung und Überleitung von Vorschriften auf dem Gebiet des gewerblichen Rechtsschutzes
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis, Jahr, Seite
WUW	Wirtschaft und Wettbewerb, Jahr, Seite
WZG	Warenzeichengesetz
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht, Band, Seite

Das Verhältnis insbesondere die Kollision von Kennzeichenrechten

Zur Abgrenzung des Themas ist zunächst der Begriff der Kennzeichenrechte zu erörtern. Kennzeichenrechte sind das Warenzeichen, die Ausstattung, Name, Firma, die sonstigen in § 16 Abs. 1 UWG aufgeführten Kennzeichenrechte, insbesondere die Unternehmenskennzeichen und schließlich die Geschäftsabzeichen des § 16 Abs. 3 UWG.

Rechtsqualität kommt den Kennzeichenrechten aufgrund der von der Rechtsordnung gewährleisteten Ausschlußfunktion zu[1]. Von den Sachenrechten, etwa dem Eigentum, unterscheiden die Kennzeichenrechte sich dadurch, daß ihre Ausschlußfunktion sowohl in personeller als in sachlich gegenständlicher Hinsicht weitergehend beschränkt sein kann. Das Verbotsrecht aus dem Eigentum z. B. ist notwendig in personeller Hinsicht umfassend, während das Ausschlußrecht etwa aus einem Firmenrecht gegenüber Gleichnamigen Einschränkungen erleidet[2]. Obwohl nun die Kennzeichenrechte in ihrer Ausschlußfunktion hinter den Sachenrechten zurückbleiben, läßt sich an ihrem Charakter als subjektiv absolute Ausschlußrechte nicht zweifeln. Die größeren Einschränkungen des Verbotsrechts ergeben sich daraus, daß die Rechtsordnung eine Sache weitergehend der Verfügungsmacht des Berechtigten unterwerfen kann, als ein Kennzeichen, das dem Berechtigten nicht um seiner selbst willen, sondern nur zur Erreichung dahinterstehender Zwecke geschützt ist.

Der Rechtscharakter eines Kennzeichenrechts ist deshalb auch nicht dadurch gefährdet, daß es seinerseits etwa dem besseren Rechte eines Dritten weichen müßte, solange der Dritte sein Ausschlußrecht nicht tatsächlich durchsetzt. Eine Ausnahme besteht nur, wenn das Verbotsrecht aus einem Kennzeichenrecht derartige Ausnahmen in personeller Hinsicht erleidet, daß es mit der individualisierenden Wirkung auch seine Rechtsqualität verliert.

---

1) Alfons Kraft, Interessenabwägung und gute Sitten im Wettbewerb, 1963, S. 52, Siebert NJW 58/1369, 1374

2) Enneccerus/Nipperdey, BGB, Allgemeiner Teil, § 72, S. 433

Ohne Bedeutung für die Rechtsqualität der Kennzeichenrechte ist es auch, ob neben dem Verbotsrecht noch ein sogenanntes positives Benutzungsrecht am Kennzeichen besteht. Das Reichsgericht nahm ursprünglich an, daß die Eintragung eines Warenzeichens während der Dauer der Eintragung bis zur Löschung ein Recht zur Benutzung auch gegenüber an sich besser berechtigten älteren Rechten begründe. Diese auf der Überbewertung des formalen Eintragungsaktes beruhende Rechtsprechung wurde in der Entscheidung "Springendes Pferd"[1] mit Recht fallen gelassen, da die Eintragung kein Recht auf Benutzung begründet, vielmehr unter dem Vorbehalt der besseren Berechtigung eines Dritten steht. Die Auffassung des Reichsgerichts wird auch in der herrschenden Lehre gebilligt[2]. Dem ist zuzustimmen. Es ist wenig sinnvoll, von einem positiven Benutzungsrecht zu sprechen, da es nur im Rahmen und im Umfang des Verbotsrechtes als dessen Korrelat besteht aber selbst kein Recht darstellt. Das Verbotsrecht erstreckt sich auch regelmäßig in sachlich gegenständlicher Hinsicht weiter als das Benutzungsrecht. Das Ausschlußrecht des Warenzeichens etwa umfaßt den Bereich der Verwechslungsgefahr und der Warengleichartigkeit sowie die Verwendung in anderen Zeichenfunktionen, während das Benutzungsrecht sich auf Waren der eingetragenen Art und die eingetragene Zeichenform beschränkt[3]. Auch soweit das Benutzungsrecht ausnahmsweise weiter geht als das Verbietungsrecht (wie z. B. bei der Verwirkung des Unterlassungsanspruches, der zwar das Verbietungsrecht partiell einschränkt, aber das Benutzungsrecht des älteren Warenzeichens unberührt läßt), behält das Zeichen seine Rechtsqualität nur insoweit, als nach dem partiellen Verlust der Ausschlußfunktion diese im übrigen noch in einem rechtserheblichen Umfang weiterbesteht.

Die Einteilung der Kennzeichenrechte

Im Zusammenhang des Themas ist zunächst die Einteilung der Kennzeichenrechte nach dem Entstehungsgrund wichtig. Danach lassen sich förm-

---

1) RGZ 118/76, 78

2) Reimer/Trüstedt, WZG, 1966, 4. Aufl., 3. Kap. Rdz. 1, S. 20 unten. Baumbach/hefermehl, WZG, 1967, 9. Aufl., § 15 Rdz. 3, Becher, GRUR 53 274, Heydt, GRUR 61/185, ebenso BGHZ 34/1, 8 Mon cherie, OLG Frankfurt GRUR 64/30, 32 Maja.

3) BGH WZG 1967, 10. Aufl., § 2 Rdz. 16

liche und sachliche Kennzeichenrechte unterscheiden. Förmliche Rechte verdanken ihre Entstehung einem hoheitlichen Akt der Registrierung bzw. Eintragung, während sachliche Rechte aufgrund materieller Erwerbsgründe mit der Benutzung oder der Erringung von Verkehrsgeltung entstehen. Förmliche Rechte sind das Warenzeichen, das immer der Eintragung bedarf, und ausnahmsweise auch die Firma, soweit deren Eintragung Voraussetzung für die Erlangung der Kaufmannseigenschaft oder sogar für die Entstehung der juristischen Person selbst ist. Sachliche Rechte sind dagegen das Namensrecht, das Firmenrecht, soweit die Kaufmannseigenschaft des Berechtigten schon besteht, das Recht am Unternehmenskennzeichen, das Recht am Geschäftsabzeichen und das Ausstattungsrecht[1].

Daneben ist auch die Einteilung der Kennzeichenrechte nach dem Gegenstand der Individualisierung von größter Bedeutung für die Beurteilung ihrer Kollision. Da die Kennzeichen nicht Gegenstand unmittelbarer Nutzung sein können, werden sie von der Rechtsordnung nicht um ihrer selbst willen, sondern wegen ihrer Fähigkeit, eine Person oder eine Sache in bestimmter Weise zu individualisieren, geschützt. Der Rechtsschutz zielt wesentlich auf die Gewährleistung der Individualisierungsfunktion ab. Die individualisierende Wirkung ist einerseits allen Kennzeichenrechten gemeinsam, während andererseits die Unterschiede im Gegenstand der Individualisierung wesentlich für die Abgrenzung der Kennzeichenrechte untereinander sind.

Nach dem Gegenstand der Individualisierung lassen sich zunächst diejenigen Kennzeichenrechte abgrenzen, die der Individualisierung einer natürlichen oder juristischen Person dienen, nämlich Name und Firma. Während der Name die Person gleichsam als deren Stellvertreter in umfassender Weise sowohl innerhalb als auch außerhalb des geschäftlichen Bereichs kennzeichnet, individualisiert die Firma nach der Definition in § 17 HGB nur den Kaufmann im Handelsverkehr. Als weitere Gruppe von Kennzeichenrechten lassen sich diejenigen abgrenzen, die ein Unternehmen entweder umfassend oder in einem besonderen Zusammenhang individualisieren. Zu den ersteren gehören die besondere Bezeichnung eines Erwerbsge-

---

1) Baumbach/Hefermehl, UWG 1964, 9. Aufl., Übersicht vor § 16 Rdz. 3, 4

schäftes, eines gewerblichen Unternehmens oder einer Druckschrift gemäß § 16 Abs. 1 UWG, zu letzteren die sogenannten Geschäftsabzeichen und sonstigen zur Unterscheidung eines Geschäftes bestimmten Einrichtungen gemäß § 16 Abs. 3 Satz 1 UWG. Gegenstand des Ausschlußrechtes ist schließlich sowohl bei Warenzeichen als auch Ausstattung gleichermaßen die Funktion, die Herkunft von Waren aus einem Geschäftsbetrieb zu kennzeichnen (§ 1 WZG).

Das Verhältnis der Kennzeichenrechte

Für die Erörterung des Verhältnisses der Kennzeichenrechte ist das vorher gewonnene Ergebnis zu verwerten, daß einerseits der Schutz einer Kennzeichnungsfunktion allen Kennzeichenrechten gemeinsam ist, andererseits die Unterschiede in der Kennzeichnungsfunktion wesentlich für die Abgrenzung der Kennzeichenrechte untereinander sind. Die Frage nach dem Verhältnis der Kennzeichenrechte läßt sich deshalb eingrenzen auf die Frage nach dem Verhältnis der kennzeichenrechtlichen Funktionen zueinander. Noch spezieller stellt sich das Problem, ob die Verwendung eines Kennzeichens in einer bestimmten Kennzeichnungsfunktion durch die Verwendung desselben oder eines ähnlichen Kennzeichens in einer anderen Kennzeichnungsfunktion beeinträchtigt wird. Diese Frage, die vor allem im Verhältnis von Warenzeichen und Firma Gegenstand einer wechselvollen Rechtsprechung war, wird im Zusammenhang der Erörterung der Kollision von Warenzeichen und Firma noch eingehend erörtert, während hier einige allgemeinere Überlegungen genügen.

Die begrifflich klare Abgrenzung der Kennzeichenrechte nach den gesetzlichen Definitionen ihrer Kennzeichnungsfunktionen ist allein nicht geeignet, eine Beeinträchtigung durch den Gebrauch eines Kennzeichens in einer anderen Funktion auszuschließen. Der Unterschied der kennzeichenrechtlichen Funktionen bedarf vielmehr, um wirksam zu sein, einer dem Verkehr erkennbaren Ausprägung durch die Rechtsordnung.

Der Gesetzgeber hätte, um die Unterschiede der Kennzeichnungsfunktionen im Sinne einer Ausschließlichkeit erkennbar zu machen, die Unterschiede durch gesetzliche Festlegung der äußeren Gestalt der Kennzeichenrechte verdeutlichen können. Eine Abgrenzungsmöglichkeit nach der äußeren Gestalt bestand im Verhältnis von Firma und Warenzeichen bis zur Einführung des Warenzeichengesetzes von 1894, da vorher als Warenzeichen ei-

nerseits nur Bildzeichen eintragbar waren, während als Firma damals wie heute nur Wortzeichen zur Verwendung gelangen können. Das Warenzeichengesetz von 1894 brachte mit der Zulassung der Eintragung von Wortzeichen zugleich auch die Überschneidung von Warenzeichen und Firma nach der äußeren Gestalt. Auch im Verhältnis anderer Kennzeichenrechte besteht die Möglichkeit der Unterscheidung nach der äußeren Gestalt nur unvollkommen. Wortzeichen können z. B. in jeder kennzeichenrechtlichen Funktion auftreten. Im beschränkten Umfang besteht eine Unterscheidungsmöglichkeit hinsichtlich der äußeren Erscheinungsform für die Abgrenzung von Geschäftsabzeichen gemäß § 16 Abs. 3 Satz 1 UWG und Ausstattungsrechten gemäß § 25 WZG. Das Recht an einem Geschäftsabzeichen kann nach seiner äußeren Erscheinungsform niemals in den Waren eines Unternehmens verkörpert sein, während umgekehrt ein Ausstattungsrecht nur in Verbindung mit Waren, aber niemals in Verbindung mit sonstigen Einrichtungen eines Erwerbsgeschäftes entstehen kann. Dies gilt aber nur für den erstmaligen Entstehungsvorgang, während später das Geschäftsabzeichen in bildlicher Gestalt auch auf Waren angebracht werden kann und insoweit keine sichere Beurteilung nach der äußeren Gestalt mehr möglich ist.

Erfolgversprechender erscheint schon der Versuch, das Verbotsrecht eines jeden Kennzeichenrechtes auf die in ihm geschützte Kennzeichnungsfunktion zu beschränken, so daß etwa der Herkunftsfunktion des Warenzeichens der Schutz gegen warenzeichenmäßigen und der beschränkten Namensfunktion der Firma der Schutz gegen firmenmäßigen Gebrauch entspreche. Es lassen sich einige Anhaltspunkte dafür finden, daß dem Gesetzgeber ursprünglich eine solche gegenseitig ausschließliche Abgrenzung der Verwendungsformen vorgeschwebt hat. Das beste Beispiel bieten die historisch ältesten geschäftlichen Kennzeichenrechte, nämlich Firma und Warenzeichen.

Das Warenzeichengesetz vom 12. 5. 1894 erweiterte die Eintragungsfähigkeit von Warenzeichen auch auf Wortzeichen. Damit nahm der Gesetzgeber offenbar bewußt in Kauf, daß auch Firmen als Warenzeichen eingetragen würden. Die gesetzliche Regelung läßt sogar den Schluß zu, daß der Gesetzgeber in der Eintragung einer Firma als Warenzeichen keine Beeinträchtigung der Firma sah. Nach der gesetzlichen, heute noch gültigen Regelung berechtigt das prioritätsältere Firmenrecht weder zum Widerspruch gegen die Eintragung noch zur Erhebung der zeichenrechtlichen Lö-

schungsklage nach der Eintragung des Warenzeichens. In § 13 (1894) stellte das Gesetz vielmehr klar, daß der (ältere) Firmeninhaber zur Weiterbenutzung seiner Firma berechtigt sei. Es ist verständlich, daß die Rechtsprechung des Reichsgerichts angesichts dieser gesetzlichen Regelung zu der Auffassung gelangen konnte, der Gebrauch und die Eintragung eines Warenzeichens beeinträchtige die Firma überhaupt nicht, sofern dieses erkennbar nur der Warenbezeichnung diene[1]. Dementsprechend schränkte das Reichsgericht das Benutzungsrecht gemäß § 13 WZG (1894) auf den firmenmäßigen nicht zeichenmäßigen Gebrauch ein.

Der Gesetzgeber hat die Trennung von firmenmäßigem und warenzeichenmäßigem Gebrauch auch später noch bestätigt. Bei der Neufassung des § 24 WZG vom 5. 5. 1936 erweiterte der Gesetzgeber den Namens- und Firmenschutz ausdrücklich auf den zeichenmäßigen Gebrauch. Dies ist, wenn die Erweiterung nicht völlig überflüssig scheinen sollte, nur vom früheren Standpunkt des Gesetzgebers verständlich, daß das Verbietungsrecht von Name und Firma zunächst den zeichenmäßigen Gebrauch nicht erfaßt hatte[2]. Schließlich deutet der Wortlaut des § 16 WZG einerseits und § 16 Abs. 3 Satz 2 UWG andererseits darauf hin, daß der Gesetzgeber das Verbotsrecht von Warenzeichen und Ausstattung von dem der in § 16 Abs. 1 und § 16 Abs. 3 Satz 1 UWG genannten Kennzeichenrechte gegenseitig abschließend abgrenzen wollte. § 16 WZG müßte demnach dahin ausgelegt werden, daß gegenüber dem Warenzeichen nur der warenzeichenmäßige, nicht aber z. B. der firmenmäßige Gebrauch verboten sei. Der Wortlaut des § 16 Abs. 3 Satz 2 UWG dagegen müßte so ausgelegt werden, daß der Gesetzgeber mit dieser Regelung die Anwendung des § 16 UWG auf Warenzeichen und Ausstattung schlechthin ausschließen wollte. Dies würde bedeuten, daß das Warenzeichen immer nur gegen warenzeichenmäßigen Gebrauch geschützt wäre, auch wenn es sich als Kennzeichen des Unternehmens durchgesetzt hätte[3].

---

1) RGZ 87/147, 151 Lanolin, RGZ 95/292, 294 Birresborner Mineralbrunnen
2) von Gamm, WZG 1965, § 24 Rdz. 11 und § 16 Rdz. 23
3) Baumbach/Hefermehl, 9. Aufl., UWG § 16 Rdz. 144

Die Abgrenzung der Kennzeichenrechte nach den mit ihrer Kennzeichnungsfunktion korrespondierenden Verwendungsformen entspricht jedoch in verschiedener Hinsicht nicht dem heutigen Entwicklungsstand des Kennzeichenrechts. Zunächst ist zu berücksichtigen, daß die kennzeichenrechtlichen Funktionen nicht im Verhältnis gegenseitiger Ausschließlichkeit, sondern im Verhältnis von allgemeinerer zu speziellerer Funktion stehen. Die kennzeichenrechtliche Funktion etwa der Firma ist begrifflich ein Unterfall der allgemeineren Namensfunktion. Auch die kennzeichenrechtliche Funktion der in § 16 Abs. 1 und 16 Abs. 3 Satz 1 UWG genannten Kennzeichenrechte stellt sich als Ausschnitt aus der umfassenderen Namensfunktion dar. Der Gebrauch eines Kennzeichens in einer umfassenderen Funktion stellt aber grundsätzlich auch den Mitgebrauch in der beschränkteren Funktion und damit eine Beeinträchtigung des Kennzeichenrechts der beschränkteren Funktion dar.

Man könnte allerdings der Auffassung sein, daß sich wenigstens die Namensfunktion (bei Name, Firma, Unternehmenskennzeichen) begrifflich von der Herkunftsfunktion (bei Warenzeichen und Ausstattung) trennen ließe. Dies würde etwa im Verhältnis von Firma und Warenzeichen zu einer gegenseitig ausschließlichen Beschränkung der Schutzrechte auf den firmenmäßigen Gebrauch einerseits und den warenzeichenmäßigen andererseits führen. Eine solche gesetzgeberische Grundvorstellung hätte jedoch im Gesetz derart zum Ausdruck gelangen müssen, daß eine sachliche Unterscheidung zwischen firmenmäßigem und warenzeichenmäßigem Gebrauch ermöglicht würde. Nun wurde bereits erwähnt, daß der Gesetzgeber eine Trennung der zeichenmäßigen und der firmenmäßigen Verwendung durch die korrespondierenden Bestimmungen der §§ 16 WZG und § 16 Abs. 3 Satz 2 UWG erreichen wollte. Diese gesetzgeberische Vorstellung ist jedoch nicht zu verwirklichen. Einmal ist zu berücksichtigen, daß das Verbot warenzeichenmäßigen Gebrauchs in § 16 WZG erst durch die Rechtsprechung des Reichsgerichts in den früheren §§ 13 WZG (1894) hineininterpretiert wurde und dann vom Gesetzgeber in die Neufassung des § 16 WZG vom 5. 5. 1936 übernommen wurde. Wichtiger erscheint jedoch, daß sowohl in § 13 WZG (1894) als auch in dem entsprechenden § 16 WZG (1936) das Gesetz dem Firmeninhaber ausdrücklich gerade diejenigen Verwendungsformen eröffnet, die nach dem fast wörtlich übereinstimmenden § 15 WZG den wesentlichen Inhalt des warenzeichenmäßigen Gebrauchs ausmachen (Anbringung der Firma auf Waren, ihrer Verpackung oder Umhüllung). Ohne daß die Frage hier näher vertieft zu werden braucht, läßt sich deshalb die Hy-

pothese aufstellen, daß auch die firmenmäßige und warenzeichenmäßige Verwendung eines Kennzeichens sachlich nicht abzugrenzen sind[1]. Die ältere Rechtsprechung des Reichsgerichts, daß das Verbotsrecht der Firma nicht den Gebrauch zur reinen Warenbezeichnung erfasse, ist deshalb abzulehnen[2]. Eine gegenseitige Beeinträchtigung der Zeichenfunktionen ist nur insoweit ausgeschlossen, als es sich um die Verwendung einer Firma zur Kennzeichnung von Dienstleistungen handelt, da die Eintragung eines Warenzeichens für Dienstleistungen nach der gesetzlichen Definition in § 1 WZG verboten ist[3].

Die gegenseitige Beeinträchtigung der verschiedenen Kennzeichnungsfunktionen hängt auch mit anderen Grundentscheidungen des Gesetzgebers zusammen. Zunächst hat der Gesetzgeber, mag man dies auch bedauern, den Gebrauch eines Kennzeichenrechts in mehreren verschiedenen kennzeichenrechtlichen Funktionen durch den Zeicheninhaber selbst zugelassen. So kann sich beispielsweise ein Namens- oder Firmenberechtigter dasselbe Zeichen auch als Warenzeichen eintragen lassen[4]. Wegen der Zulässigkeit mehrfacher Verwendung desselben Zeichens durch den Zeichenberechtigten hat sich die Verkehrsauffassung daran gewöhnt, neu auftauchende Zeichen in anderen Funktionen zunächst demselben Berechtigten zuzuordnen. Die Möglichkeit der Beeinträchtigung durch den Gebrauch in einer anderen Kennzeichnungsfunktion besteht deshalb auch dann, wenn der Verkehr im konkreten Fall die Verschiedenheit der kennzeichenrechtlichen Funktionen desselben Zeichens richtig erkennt. So wird der Verkehr in Anbetracht einer ihm bereits bekannten Firma aus dem neuerlichen Gebrauch eines Warenzeichens schließen, der Firmeninhaber selbst habe seine Firma nunmehr auch als Warenzeichen eintragen lassen. Umgekehrt schließt die Verkehrsauffassung aus der späteren Verwendung eines ihr bereits bekannten Warenzeichens, daß der Warenzeicheninhaber das Warenzeichen nunmehr in die Firma aufgenommen habe. In beiden Fällen tritt, ungeachtet der richtigen

---

1) BGH GRUR 54/433, 434 Hubertus, GRUR 58/544, 546 Colonia
2) RGZ 3 165, RGZ 22 58 Faber, RGZ 95 292, 294 Birresborner Sprudel
3) von Gamm, WZG 1965, § 16 Rdz. 23
4) Baumbach/Hefermehl, WZG 9. Aufl., Einl. Rdz. 4

Erfassung der Verschiedenheit der Kennzeichnungsfunktionen, wirtschaftlich eine Zurechnung zu dem ursprünglich bekannten Kennzeichen ein.

Die gegenseitige Beeinträchtigung von Kennzeichenrechten verschiedener Funktion wird auch durch ein anderes Grundprinzip des Kennzeichenrechts bestätigt. Der Schutzumfang eines Kennzeichenrechts ist nicht statisch mit der Verwirklichung des Entstehungstatbestandes endgültig begrenzt, sondern ist auf eine dynamische Entwicklung angelegt[1]. Diese Entwicklung braucht auch nicht an der Grenze derselben kennzeichenrechtlichen Funktion zu enden, sondern kann auch zur Wandlung der kennzeichenrechtlichen Funktion selbst führen. Maßgeblich für die Änderung des Schutzumfangs oder den Wechsel der Kennzeichnungsfunktion ist die Entwicklung der Verkehrsauffassung. Die Änderung der Verkehrsauffassung vermag die Änderung etwa eines Warenzeichens zu einem Unternehmenskennzeichen, auch ohne daß der Zeichenberechtigte darauf Einfluß nimmt, zu bewirken. Die Rechtsordnung würde nun dem dynamischen Charakter der Kennzeichenrechte nicht gerecht, würde sie die Verbotsrechte jeweils nur auf die ursprüngliche kennzeichenrechtliche Funktion erstrecken. Eine gegenseitig ausschließliche Abgrenzung des firmenmäßigen und warenzeichen Gebrauchs würde bei nachträglichen Änderungen der Verkehrsauffassung über die Rechtsnatur des Kennzeichenrechts zu großen Schwierigkeiten führen. Für ein Warenzeichen, das aufgrund Verkehrsdurchsetzung später zu einem Unternehmenskennzeichen sich entwickelte, bestünde die Gefahr, daß es Kennzeichen nicht entgegentreten könnte, die vor Abschluß der Entwicklung außerhalb der Herkunftsfunktion bereits wirksam entstanden wären. Eine starre gegenseitig ausschließliche Abgrenzung der zeichenrechtlichen Funktionen würde die vom Gesetz vorausgesetzte und begünstigte Entwicklung der Kennzeichenrechte von beschränkten zu umfassenden Funktionen sehr erschweren. Als Ergebnis bleibt deshalb festzuhalten, daß im Verhältnis der Kennzeichenrechte trotz der begrifflichen Verschiedenheit ihrer Kennzeichnungsfunktionen die Gefahr gegenseitiger Beeinträchtigung gegeben ist.

---

1) Ulmer, Warenzeichen und unlauterer Wettbewerb, 1929, S. 67 ff

Der Begriff der Kollision

Während bisher bei der Erörterung des Verhältnisses der Kennzeichenrechte die allgemeine Möglichkeit der gegenseitigen Beeinträchtigung der zeichenrechtlichen Funktionen festgestellt wurde, läßt sich der Begriff der Kollision demgegenüber dahin eingrenzen, daß mit ihm nun die rechtlich relevanten Voraussetzungen der Konkretisierung einer Beeinträchtigung zu erfassen sind. Durch den Begriff der Kollision sind diejenigen Verhältnisse von Kennzeichenrechten auszusondern, bei denen die allgemeine Möglichkeit der Beeinträchtigung sich im konkreten Falle aktualisiert.

Die Zweiseitigkeit der Kollision

Der Begriff der Kollision beschränkt sich sinnvollerweise auf das Verhältnis zweier Kennzeichenrechte. Der Grundsatz der Relativität der Beurteilung des Verhältnisses zweier Kennzeichenrechte ist eine Folge der gesetzlichen Regelung, die grundsätzlich keine Amtsprüfung wegen des Entgegenstehens besserer Rechte Dritter bei der Entstehung eines Kennzeichenrechts kennt. Die Geltendmachung prioritätsälterer Rechte bleibt vielmehr der Initiative des Berechtigten selbst überlassen. Eine Ausnahme von der grundsatzlich zweiseitigen, relativen Beurteilung der Kollision von Kennzeichenrechten besteht nur gemäß § 4 Abs. 2 Ziff. 5 WZG für die Berücksichtigung der sogenannten notorischen Marken von Amts wegen. Diese Bestimmung ist aus internationalem Vertragsrecht (Art. 6 bis PVÜ) ins nationale Recht transformiert worden und innerhalb des Kennzeichenrechts deshalb eine Ausnahmebestimmung.

Aus dem Grundsatz der Zweiseitigkeit der Kollision folgt auch die Unzulassigkeit der Berufung auf bessere Rechte Dritter[1]. Dies bedeutet, daß etwa ein 1965 eingetragenes Warenzeichen gegenüber der Löschungsklage eines 1964 eingetragenen Warenzeichens auch dann unterliegt, wenn etwa anschließend das 1964 eingetragene Warenzeichen seinerseits einem noch älteren Warenzeichen aus dem Jahre 1963 weichen müßte. Für den Inhaber des jüngsten Warenzeichens (1965) ist dies besonders dann schmerzlich wenn sein Warenzeichen nur im sachlichen Schutzbereich des mittleren,

---

1) Baumbach, Hefermehl, WZG 10. Aufl., § 24 Rdz. 20

anschließend selbst gelöschten Warenzeichens (1964), nicht aber im Schutzbereich des ältesten Warenzeichens (1963) lag. Eine beschränkte Berücksichtigung findet der Einwand aus dem besseren Rechte eines Dritten allerdings im Rahmen der Prüfung des Schutzumfangs des klägerischen Zeichens nach der sogenannten Abstandslehre[1].

Die zeitliche Fixierung der Kollision

Aus der Überlegung, daß sich Kennzeichenrechte sowohl innerhalb derselben Kennzeichnungsfunktion als auch durch Änderung der zeichenrechtlichen Funktion im Schutzumfang dynamisch entwickeln können, folgt, daß auch zwischen zwei Kennzeichenrechten mehrere Kollisionsfälle auftreten können. Daraus ergibt sich die Notwendigkeit, den Begriff der Kollision auf einen bestimmten Zeitpunkt (gewöhnlich den Zeitpunkt des erstmaligen Aufeinandertreffens) einzuschränken. Ein Beispiel möge dies verdeutlichen: Ein Warenzeichen Nr. 1 wird 1964 eingetragen, 1966 erreicht es die Verkehrsgeltung einer notorischen Marke gemäß § 4 Abs. 2 Ziff. 5 WZG und 1968 den Schutz als berühmte Marke gemäß § 823 Abs. 1 BGB. Ein anderes Warenzeichen Nr. 2 wird 1965 wohl im Bereich der Warengleichartigkeit, jedoch außerhalb des Bereichs von Verwechslungsgefahr eingetragen und vom Warenzeicheninhaber seit 1967 auch als Unternehmenskennzeichen benutzt. Es liegt auf der Hand, daß die kollisionsrechtlichen Verhältnisse einer zeitlichen Fixierung bedürfen. Die Kollision des Warenzeichens Nr. 1 von 1964 mit dem Warenzeichen Nr. 2 von 1965 ist anders zu beurteilen, als z. B. die Kollision des 1966 notorisch bekannten Warenzeichens Nr. 1 mit dem Warenzeichen Nr. 2 von 1965 oder dem entsprechenden Unternehmenskennzeichen von 1967.

Die Kollision gleichartiger und ungleichartiger Kennzeichenrechte

Der Begriff der Kollision läßt sich untergliedern in die Kollision gleichartiger sowie ungleichartiger Kennzeichenrechte. Die Möglichkeit der Kollision gleichartiger Kennzeichenrechte ist eine Selbstverständlichkeit. Der Gebrauch desselben Kennzeichens in derselben kennzeichenrechtlichen

---

1) BGH GRUR 52/419, 420 Gumax Gumasol, Baumbach/Hefermehl, WZG 10. Aufl., § 31 Rdz. 120

Funktion schließt eine Erfüllung der individualisierenden Wirkung beider kollidierender Zeichen schlechthin aus. Angesichts der Verwendung gleicher Warenzeichen für dieselbe Ware trifft der Verkehr eine Zuordnung entweder überhaupt nicht mehr aufgrund der Zeichen, sondern aufgrund anderer unterscheidender Merkmale, oder er trifft seine Zuordnung rein statistisch zufällig. Sind die Vergleichszeichen lediglich verwechselbar, dann bleibt immer noch ein mehr oder minder großer Kreis von fehlerhaften Zuordnungen.

Die Möglichkeit der Kollision von Kennzeichenrechten ungleichartiger Funktion (etwa Warenzeichen und Firma) folgt aus der Beeinträchtigung der kennzeichenrechtlichen Funktionen untereinander. Diese wurde bei der Erörterung des Verhältnisses der Kennzeichenrechte bereits behandelt.

Die Kollision der Schutznormen

Von der Kollision der Kennzeichenrechte ist begrifflich die Kollision der die Kennzeichenrechte schützenden Rechtsnormen zu unterscheiden. Es handelt sich bei den Schutznormen um die §§ 12 BGB, 37 Abs. 2 HGB, 16 Abs. 1 und 16 Abs. 3 Satz 1 UWG, 24, 25 WZG sowie ausnahmsweise § 823 Abs. 1 BGB. Für die Beurteilung des Konkurrenzverhältnisses der Schutznormen ist zunächst der Bereich der Überschneidung im Tatbestand hinsichtlich der Art der darin geschützten Kennzeichenrechte aufzuzeigen. Dabei ist von dem durch die Entwicklung der Rechtsprechung verfestigten Rechtsstand auszugehen.

Nach der Rechtsprechung sowohl des Reichsgerichts als auch des Bundesgerichtshofs hat der Anwendungsbereich des § 12 BGB eine Ausdehnung erfahren, der ihn zu einer Generalklausel des Kennzeichenrechts hat werden lassen. Wortlaut und Stellung des § 12 BGB legten es ursprünglich nahe, ihn nur auf das Namensrecht der natürlichen Person anzuwenden. Die Anwendung des § 12 BGB auf das Namensrecht erst von Idealvereinen[1], dann auch nicht rechtsfähiger Vereine[2] bedeuteten noch keine Erweiterung des § 12 BGB nach der Art des geschützten Kennzeichenrechts.

---

1) RGZ 74/114 Verein für deutsche Schäferhunde
2) RGZ 78/101 Gesangsverein Germania

Eine erste Grenzüberschreitung brachte die Ausdehnung des Namensschutzes auf Kapitalgesellschaften[1], da bei der Kapitalgesellschaft der Name zugleich Firma ist. Hinsichtlich der Firma des Einzelkaufmanns sowie der Firma der Personalgesellschaften lehnte die Rechtsprechung die Anwendung des § 12 BGB zunächst ganz ab, später wurde § 12 BGB wenigstens dann angewendet, wenn die Firma unter Verwendung des bürgerlichen Namens gebildet worden war[2]. Der Bundesgerichtshof hat schließlich die Anwendbarkeit des § 12 BGB auf jede Art von Firma ohne Einschränkung bejaht[3]. Als Ergebnis dieser Rechtsprechung ist damit zunächst die völlige Einbeziehung des § 37 Abs. 2 HGB hinsichtlich des Schutzgegenstandes in den Tatbestand des § 12 BGB festzuhalten.

Dasselbe gilt aber auch für den Tatbestand des § 16 Abs. 1 UWG. In § 16 Abs. 1 UWG sind neben Name und Firma, die nach der angeführten Rechtsprechung ohnehin schon in den Tatbestandsbereich des § 12 BGB fallen, noch die besondere Bezeichnung des Erwerbsgeschäftes, des gewerblichen Unternehmens oder einer Druckschrift geschützt. Nach der Rauchfang-Entscheidung des Reichsgerichts genießt auch die besondere Bezeichnung eines Erwerbsgeschäftes Namensschutz, sofern die Bezeichnung das Erwerbsgeschäft namensmäßig individualisiert[4]. Das ist gerechtfertigt, weil die Geschäftsbezeichnung unmittelbar zwar das Geschäft, mittelbar aber auch den Inhaber individualisiert[5]. Fehlt der Geschäftsbezeichnung ursprünglich die individualisierende Wirkung, dann erlangt sie erst mit dem Erwerb von Verkehrsgeltung als Hinweis auf ein bestimmtes Unternehmen den Schutz des § 16 Abs. 1 UWG, damit aber zugleich als mittelbarer Hinweis auf den Inhaber Namensschutz gemäß § 12 BGB[6].

---

1) RGZ 100/186 Gervais (GmbH)
2) RGZ 114/93 Neuerburg für die OHG unter Aufgabe der früheren Rspr., RGZ 88/422
3) BGHZ 14/159. Farina, BGHZ 4/167 DUZ, BGHZ 11/214 KfA
4) RGZ 171/30
5) ebenso BGH GRUR 63 430, 431 Erdener Treppchen, BGH GRUR 57 87 Meisterbrand
6) RGZ 172/130 Fettchemie, BGH GRUR 54/70 Rohrbogen, BGHZ 11 214, 217

Der Tatbestand des § 16 Abs. 1 UWG reicht nur insoweit über den § 12 BGB hinaus, als er auch die besondere Bezeichnung einer Druckschrift schützt. Da der Titel-Schutz nach § 16 Abs. 1 UWG nicht voraussetzt, daß die Bezeichnung auch die Herkunft aus einem bestimmten Betrieb und damit mittelbar den Inhaber kennzeichnet, kommt insoweit ein namensrechtlicher Schutz nicht in Betracht[1]. Andererseits kann aber der Titel etwa einer Zeitung das Verlagsunternehmen und den Inhaber kennzeichnen und dann auch Namensschutz genießen.

Abkürzungen und Schlagworte genießen im selben Umfang Namensschutz nach § 12 BGB, als sie nach § 16 Abs. 1 UWG geschützt sind, also entweder aufgrund ursprünglicher oder, falls diese fehlt, durch Verkehrsgeltung erworbener namensmäßiger Unterscheidungskraft[2]. Auch insoweit decken sich der Anwendungsbereich von § 12 BGB und § 16 Abs. 1 UWG.

§ 12 BGB umfaßt dagegen nicht vollständig den Tatbestandsbereich des § 16 Abs. 3 Satz 1 UWG. Das Abgrenzungskriterium der Geschäftsabzeichen und sonstigen unterscheidenden Einrichtungen von den Geschäftsbezeichnungen des § 16 Abs. 1 UWG ist gerade das Fehlen der Namensfunktion in § 16 Abs. 3 Satz 1 UWG. Ohne auf die in den Einzelheiten streitige Abgrenzung des § 16 Abs. 1 und § 16 Abs. 3 Satz 1 UWG einzugehen, kann jedenfalls soviel gesagt werden, daß es Geschäftsabzeichen gibt, die trotz Verkehrsgeltung niemals Namensfunktion für das Unternehmen gewinnen können, weil ihnen die Möglichkeit sprachlicher oder bildlicher Wiedergabe fehlt. Sie bleiben deshalb trotz Verkehrsgeltung nur zusätzliche Unterscheidungsmerkmale ohne Namensfunktion für das Unternehmen[3].

§ 12 BGB findet auch keine Anwendung auf Warenzeichen und Ausstattung, sofern diese nicht zugleich das Erwerbsgeschäft oder den Inhaber namensmäßig individualisieren. Der Anwendungsbereich des § 12 BGB ist ebenso

---

1) BGHZ 26/52 Sherlock Holmes, Baumbach/Hefermehl, UWG 1964, 9. Aufl, § 16 Rdz. 113
2) BGHZ 4/167 DUZ, BGH 11/214 KfA, BGHZ 15/107 Koma, Baumbach/Hefermehl, UWG 1964, 9. Aufl., § 16 Rdz. 23 und 126
3) Hefermehl, Festschrift für Hueck, 1959, S. 527/528, Baumbach/Hefermehl, UWG 1964, 9. Aufl., § 16 Rdz. 11 und 141

wie der des § 16 Abs. 1, 16 Abs. 3 Satz 1 UWG durch die Bestimmung des § 16 Abs. 3 Satz 2 UWG beschränkt, der restriktiv dahin auszulegen ist, daß Warenzeichen und Ausstattung nicht schon deshalb unter § 16 UWG und § 12 BGB fallen, weil sie die Herkunft aus einem bestimmten Betrieb kennzeichnen[1]. § 16 Abs. 3 Satz 2 UWG markiert deshalb die praktisch bedeutsamste Trennungslinie des Kennzeichenrechts zwischen den Tatbeständen des § 12 BGB, § 16 Abs. 1 UWG, § 37 Abs. 2 HGB einerseits, die nur Kennzeichenrechte mit Namensfunktion zum Schutzgegenstand haben und den Tatbeständen des § 24, 25 WZG, § 823 Abs. 1 BGB, § 16 Abs. 3 Satz 1 UWG, die zumindest auch Kennzeichenrechte ohne Namensfunktion schützen. Die Trennung in Kennzeichenrechte mit Namensfunktion und Kennzeichenrechte ohne Namensfunktion ist jedoch im geltenden Recht nur einseitig, nämlich hinsichtlich des Anwendungsbereichs der §§ 12 BGB, 37 Abs. 2 HGB, 16 Abs. 1 UWG vollständig durchgeführt.

§ 24 WZG erwähnt dagegen seit der Änderung des Warenzeichengesetzes vom 5. 5. 1936 als geschützte Kennzeichenrechte nicht nur Warenzeichen, sondern auch Name und Firma. Die Erweiterung des § 24 WZG sollte nach der Vorstellung des Gesetzgebers den Schutz von Name und Firma auch gegen die Benutzung zur Warenbezeichnung sicherstellen. Dahinter stand die Auffassung, daß die Schutzbestimmungen der §§ 12 BGB, 823 Abs. 1 BGB, § 37 Abs. 2 HGB, § 16 UWG Schutz nur gegen die namens- bzw. firmenmäßige Verwendung böten, nicht jedoch gegen die scheinbar nicht erfaßte warenzeichenmäßige Verwendung[2]. Nachdem nach heutiger Auffassung sich die Bereiche der namens- und firmanmäßigen Verwendung einerseits und des warenzeichenmäßigen Gebrauchs andererseits fast vollständig decken, und jedenfalls die Verbietungsrechte von Name und Firma sich schon aufgrund der §§ 12 BGB, 16 UWG auch auf den warenzeichenmäßigen Gebrauch erstrecken, erscheint die Erweiterung des § 24 WZG auf Name und Firma vom heutigen Standpunkt aus überflüssig[3]. Eine beschränkte Bedeutung hat die Erweiterung des § 24 Abs. 1 WZG auf Name und Firma nur für den weder in § 12 BGB noch in § 16 UWG vor-

---

1) BGH GRUR 57/88 Meisterbrand
2) Pinzger, Das deutsche Warenzeichenrecht 1937, S. 195, 199
3) von Gamm, WZG 1965, § 24 Rdz. 11, § 16 Rdz. 23

gesehenen Straftatbestand des § 24 Abs. 3 WZG. § 24 WZG und § 25 WZG überschneiden sich dagegen hinsichtlich ihres Schutzgegenstandes nicht. Es ist aber zu beachten, daß das eingetragene Warenzeichen mit Erlangung der erforderlichen Verkehrsgeltung auch den Ausstattungsschutz gemäß § 25 WZG dazu erwirbt.

§ 823 Abs. 1 BGB ist nach der Rechtsprechung des BGH subsidiär nur auf die aus Warenzeichen oder Ausstattung hervorgegangenen berühmten Marken ohne Namensfunktion anwendbar[1]. Eine Überschneidung in der Rechtsanwendung ist aber wegen des subsidiären Charakters des § 823 Abs. 1 BGB im Kennzeichenrecht nicht möglich. Soweit Ansprüche aus der Verletzung der §§ 24, 25 WZG begründet sind, scheidet die Anwendung des § 823 Abs. 1 BGB aus. Ist umgekehrt der Rechtsschutz der berühmten Marke gegeben, dann finden gerade die Bestimmungen der §§ 24, 25 WZG keine Anwendung, da sie Warengleichartigkeit und Verwechslungsgefahr gemäß §§ 5 und 31 WZG voraussetzen.

Die Kongruenz der Schutznormen hinsichtlich des Schutzumfangs

Vor der Entscheidung der Frage, in welchem Konkurrenzverhältnis die einzelnen Schutznormen stehen, ist weiter die Kongruenz der konkurrierenden Schutznormen hinsichtlich ihres Schutzumfangs kurz zu prüfen. Auch hinsichtlich des Schutzbereiches reicht § 12 BGB am weitesten. Was zunächst den sachlichen Schutzumfang nach der Art des untersagten Gebrauchs betrifft, so genügt für die Anwendung des § 12 BGB jede Verletzung eines schutzwürdigen Interesses sowohl im privaten als auch im geschäftlichen Bereich. Als Interessenverletzung im geschäftlichen Bereich, der hier allein interessiert, zählt nicht nur das Hervorrufen von Verwechslungsgefahr, sondern auch unter besonderen weiteren Voraussetzungen das Hervorrufen von Verwässerungsgefahr. Der räumliche Geltungsbereich des § 12 BGB ist örtlich nicht beschränkt, sondern erstreckt sich potentiell auf das gesamte Bundesgebiet[2]. Durch das Erfordernis der Verletzung eines schutzwürdigen Interesses wird der örtliche Schutzumfang jedoch im Einzelfall je nach der Art des gewerblichen Unternehmens auf das Gebiet der geschäftlichen Be-

---

1) BGHZ 28/320, 328 Quick, BGH GRUR 66/623 Kupferberg
2) RGZ 171/30 Rauchfang

tätigung, und wenn die Bezeichnung ursprünglich nicht kennzeichnungsfähig ist, auf das Gebiet der Erlangung von Verkehrsgeltung beschränkt[1]. Von erheblicher Bedeutung ist die Tatsache, daß der Namensschutz wegen seines persönlichkeitsrechtlichen Einschlages Angehörigen aller Staaten unabhängig von der Zugehörigkeit zur Pariser Verbandsübereinkunft zukommt, ohne Rücksicht auf einen inländischen Wohnsitz, inländische Niederlassung und die Verbürgung von Gegenseitigkeit[2]. Erforderlich ist lediglich eine inländische Ingebrauchnahme des Zeichens.

Der Schutzumfang des § 16 Abs. 1 UWG bleibt zunächst schon in sachlicher Hinsicht hinter § 12 BGB zurück, da er nur im geschäftlichen Bereich Anwendung findet und innerhalb des geschäftlichen Bereichs Schutz nur gegen verwechselbare Bezeichnungen gewährt. Der weitergehende Schutz gegen Verwässerungsgefahr kann wegen des klaren Wortlautes des § 16 Abs. 1 UWG nicht auf diese Bestimmung, sondern nur auf § 12 BGB gestützt werden. Der räumliche Geltungsbereich des § 16 Abs. 1 UWG deckt sich dagegen mit dem des § 12 BGB[3]. Der persönliche Geltungsbereich des § 16 UWG bleibt schließlich wieder hinter § 12 BGB zurück, da § 16 UWG auf Ausländer nur anwendbar ist, wenn sie entweder Verbandsangehörige sind (Art. 2 PVÜ), besondere Staatsverträge vorliegen oder die Gegenseitigkeit gemäß § 28 UWG verbürgt ist.

Die Bestimmung des § 37 Abs. 2 HGB bleibt in ihrem Schutzumfang sowohl hinter § 12 BGB als auch hinter § 16 UWG zurück. Der förmliche Firmenschutz beschränkt sich in § 37 Abs. 2 HGB auf die registerrechtlich unzulässige Firmenführung eines anderen Benutzers. Zunächst erfordert § 37 Abs. 2 HGB die eigene Eintragung der Firma des Verletzten im Register. Darüber hinaus ist der Begriff des unbefugten Gebrauchs in § 37 Abs. 2 HGB enger als das Erfordernis der Interessenverletzung in § 12 BGB und der Verwechslungsgefahr in § 16 Abs. 1 UWG. Der räumliche Schutzbereich des § 37 Abs. 2 HGB ist durch § 30 Abs. 1 HGB gebietsmäßig beschränkt. Der persönliche Geltungsbereich des förmlichen Firmenschutzes nach § 37 Abs. 2 HGB steht an sich unabhängig von der Zugehörigkeit zu einem Ver-

---

1) BGHZ 11/219 KfA
2) RGZ 117/215 Eskomo Pie, BGHZ 8/318 Pazifist
3) Baumbach/Hefermehl, UWG 1964, 9. Aufl., § 16 Rdz. 32, 33, 106

bandsstaat der Pariser Verbandsübereinkunft allen Angehörigen aller Staaten zu ohne Rücksicht auf Wohnsitz und Niederlassung sowie darauf, ob Gegenseitigkeit besteht[1]. Das ist aber ohne praktische Bedeutung, da § 37 Abs. 2 HGB die Eintragung ins Firmenregister zur Voraussetzung hat.

§ 24 Abs. 1 WZG ist in seinem sachlichen Schutzumfang durch das Erfordernis der Verwechslungsgefahr und der Warengleichartigkeit gemäß §§ 31, 5 WZG enger als § 12 BGB und auch als § 16 Abs. 1 UWG gefaßt. Nur im Rahmen der Warengleichartigkeit können deshalb Ansprüche aus § 24 WZG mit solchen aus § 12 BGB, § 16 Abs. 1 UWG konkurrieren. Der räumliche Schutzumfang des Warenzeichens ist dagegen gesetzlich auf das Gebiet der Bundesrepublik erstreckt. Dieser feststehende räumliche Schutzumfang gilt aber nach dem Sinn der Erweiterung des § 24 WZG auf Name und Firma nicht für diese Rechte, vielmehr ist der örtliche Schutzbereich von Name und Firma im Rahmen der Prüfung der Widerrechtlichkeit der Benutzung gemäß § 24 Abs. 1 WZG nach den besonderen namens- und firmenrechtlichen Bestimmungen zu beurteilen[2]. Hinsichtlich des räumlichen Schutzumfangs decken sich deshalb § 24 Abs. 1 WZG und § 12 BGB, §§ 37 Abs. 2, 30 Abs. 1 HGB, § 16 Abs. 1 UWG. Der persönliche Geltungsbereich des § 24 WZG bleibt hinsichtlich des hier interessierenden Namens- und Firmenschutzes hinter § 12 BGB zurück, entspricht aber dem persönlichen Geltungsbereich des § 16 Abs. 1 UWG, 28 UWG. Nach § 35 Abs. 1 WZG ist § 24 WZG auf ausländische Namens- und Firmenrechte nur anwendbar, wenn die Berechtigten entweder Verbandsangehörige sind (Art. 2 PVÜ) oder besondere Staatsverträge bestehen oder Gegenseitigkeit im Rechtsschutz gemäß § 35 Abs. 1 WZG besteht.

Eine Überschneidung im Schutzumfang zwischen § 823 Abs. 1 BGB einerseits und § 12 BGB, § 37 Abs. 2 HGB, § 16 Abs. 1 UWG andererseits scheidet schon deshalb aus, weil § 823 Abs. 1 BGB Schutzgrundlage nur für die berühmte Marke ohne Namensfunktion ist, während die §§ 12 BGB, 37 Abs. 2 HGB, 16 Abs. 1 UWG jeweils Kennzeichenrechte mit Namensfunktion zum Gegenstand haben.

---

1) Baumbach/Hefermehl, UWG 1964, 9. Aufl., § 16 Rdz. 35, 34
2) §§ 12 BGB, 37 Abs. 2, 30 Abs. 1 HGB sowie 16 Abs. 1 UWG

Zu guter letzt ergibt sich eine weitgehende Überschneidung der kollidierenden kennzeichenrechtlichen Schutznormen hinsichtlich der Regelung der Rechtsfolgen der Verletzung der Kennzeichenrechte.

§ 12 BGB gewährt selbst nur einen Unterlassungsanspruch bei der Verletzung des Namensrechts. Weitergehend ergibt sich ein Schadensersatzanspruch bei Fahrlässigkeit jedoch aus § 12 BGB i. V. m. § 823 Abs. 1 BGB. § 823 Abs. 1 BGB schützt das Namensrecht als "sonstiges Recht". Eine Strafbarkeit der vorsätzlichen Verletzung des Namensrechts ergibt sich nur ausnahmsweise in dem sachlich engeren Rahmen gemäß § 24 Abs. 1, 24 Abs. 3 WZG.

§ 16 Abs. 1 UWG gewährt bei Verletzung der in ihm geschützten Kennzeichenrechte einen Unterlassungsanspruch ohne Rücksicht auf Verschulden. Darüber hinaus ist bei Verschulden des Verletzers dieser zum Schadensersatz verpflichtet gemäß § 16 Abs. 2 UWG. Beide Ansprüche beziehen sich sowohl auf die Kennzeichenrechte des § 16 Abs. 1 als auch die des § 16 Abs. 3 UWG. § 16 UWG enthält ebensowenig wie § 12 BGB eine Strafbestimmung. Eine vorsätzliche Verletzung der in § 16 Abs. 1 UWG genannten Kennzeichenrechte ist aber in dem sachlich engeren Rahmen des § 24 Abs. 1, 24 Abs. 3 WZG ausnahmsweise strafbar.

§ 37 Abs. 2 HGB regelt selbst nur einen Unterlassungsanspruch aus dem Firmenrecht, behält aber dem Firmenberechtigten weitergehende Schadensersatzansprüche ausdrücklich vor[1].

Die Bestimmung des § 24 Abs. 1 WZG gewährt den geschützten Rechten zunächst einen Unterlassungsanspruch. § 24 Abs. 2 WZG sieht darüber hinaus bei Verschulden des Verletzers einen Schadensersatzanspruch vor. § 24 Abs. 3 WZG stellt die in § 24 Abs. 1 WZG geschützten Kennzeichenrechte unter der zusätzlichen Voraussetzung der vorsätzlichen Verletzung sogar unter Strafschutz und geht insoweit über die §§ 12, 823 Abs. 1 BGB, 16 Abs. 1, 16 Abs. 2 UWG, 37 Abs. 2 HGB hinaus.

Nachdem nun der Bereich der Überschneidung der kennzeichenrechtlichen Schutznormen sowohl nach der Art der geschützten Kennzeichenrechte als auch nach der Übereinstimmung im Schutzumfang und schließlich nach

---

1) § 37 Abs. 2 Satz 2 HGB

der Gewährung von Schutzansprüchen feststeht, kann die Frage des Konkurrenzverhältnisses der Schutznormen beantwortet werden. Dabei ist nicht allein die gesetzgeberische Vorstellung vom Zusammenhang der Normen zugrunde zu legen, sondern es muß das Konkurrenzverhältnis im Lichte der Auslegung gesehen werden, die die einzelnen Bestimmungen durch die Rechtsprechung im Laufe der Entwicklung erfahren haben.

Damit ergibt sich für das Konkurrenzverhältnis von § 12 BGB, § 16 Abs. 1 UWG und § 37 Abs. 2 HGB, soweit sie die Firma schützen, folgendes: Nach herrschender Ansicht soll § 37 Abs. 2 HGB nur zum Ausdruck bringen, daß derjenige, der gegen eine unzulässige Firma einen Unterlassungsanspruch geltend machen will, daran ein materielles rechtliches Interesse haben muß[1]. § 37 Abs. 2 HGB sollte über das registerrechtliche Verfahren gemäß § 37 Abs. 1 HGB hinausgehen, dem Verletzten den förmlichen Firmenschutz eröffnen. Daraus ist aber umgekehrt zu schließen, daß der Gesetzgeber durch die Regelung des § 37 Abs. 2 HGB i. V. m. § 30 Abs. 1 HGB den Firmenschutz nicht abschließend regeln wollte. Vielmehr läßt die enge Regelung des § 37 Abs. 2 i. V. m. § 30 Abs. 1 HGB einen weitergehenden materiellen Firmenschutz unberührt. Das läßt sich auch daraus schließen, daß bei Inkrafttreten des HGB am 1. 1. 1900 ein sachlich beschränkter, aber dafür örtlich weitergehender materieller Schutz der Firma nach dem damaligen § 8 UWG vom 1. 7. 1896 bereits bestand (gegen Verwechslungsabsicht). Der Gesetzgeber ging also selbst vom Nebeneinanderbestehen von formellem und materiellem Firmenschutz aus. Man muß deshalb wenigstens im Verhältnis von § 16 Abs. 1 UWG und § 37 Abs. 2 HGB von einer Konkurrenz der Ansprüche ausgehen. Das muß aber sinngemäß auch für das Verhältnis von § 12 BGB und § 37 Abs. 2 HGB nach der Ausdehnung des Namensschutzes auf die Firma durch die Rechtsprechung des Reichsgerichts und des BGH gelten.

§ 12 BGB und § 16 Abs. 1 UWG standen hinsichtlich des Namensschutzes im geschäftlichen Bereich wenigstens im beschränkten Umfang schon bei

---

1) Würdinger, Kommentar zum HGB, 1953, 2. Aufl., § 37 Anm. 14; Schlegelberger Hildebrandt, Kommentar zum HGB, 1960, 4. Aufl., § 37 Rdz. 6

Inkrafttreten des BGB am 1. 1. 1900 nebeneinander, insofern als nach dem dem § 16 Abs. 1 UWG damals entsprechenden § 8 UWG vom 1. 7. 1896 gegen die Verletzung des Namensrechts in Verwechslungsabsicht ein Schadensersatz und Unterlassungsanspruch gegeben war. Auch nach der Neufassung des § 16 UWG vom 1. 11. 1909 beließ es der Gesetzgeber bei dem Nebeneinanderbestehen von Namensschutz im geschäftlichen Bereich gemäß § 16 Abs. 1 UWG und § 12 BGB, so daß man jedenfalls für den Namensschutz schon damals Anspruchskonkurrenz annehmen durfte. Die weitere Ausdehnung des Anwendungsbereichs des § 12 BGB auf den Firmenschutz und den Schutz von Unternehmenskennzeichen hat demgegenüber lediglich den Überschneidungsbereich der Tatbestände erweitert, so daß heute im gesamten Tatbestandsbereich des § 16 Abs. 1 UWG Anspruchskonkurrenz mit § 12 BGB besteht[1].

Schwieriger ist die Frage nach dem Konkurrenzverhältnis der §§ 12 BGB, 16 Abs. 1 UWG und 37 Abs. 2 HGB einerseits und § 24 WZG andererseits zu beurteilen. Der Schutz des WZG ist erst durch die Neufassung des § 24 WZG vom 5. 5. 1936 auf Name und Firma erstreckt worden. Der Gesetzgeber hat sich dabei offensichtlich von der Vorstellung leiten lassen, daß die §§ 12 BGB, 37 Abs. 2 HGB, 16 Abs. 1 UWG nur gegen die namens- bzw. firmenmäßige Verwendung der Kennzeichen geschützt seien, nicht aber gegen den warenzeichenmäßigen Gebrauch. Der Gesetzgeber setzte stillschweigend die Möglichkeit der Abgrenzung von namens- bzw. firmenmäßiger Verwendung gegenüber der warenzeichenmäßigen Verwendung voraus. Dies bestätigt auch die gleichaltrige Bestimmung des § 16 WZG vom 5. 5. 1936, mit der der Gesetzgeber scheinbar nur die warenzeichenmäßige, nicht aber die firmenmäßige bzw. namensmäßige Verwendung von Name und Firma gegenüber einem Warenzeichen untersagen wollte. Für das Konkurrenzverhältnis der §§ 12 BGB, 37 Abs. 2 HGB, 16 Abs. 1 UWG zu § 24 WZG ergäbe sich die Folgerung, daß die in § 24 WZG geregelten Ansprüche für Name und Firma nur wegen warenzeichenmäßiger Verwendung, dann aber nur gemäß dieser Bestimmung,

---

1) Hefermehl, Festschrift für Hueck, 1959, S. 529; Baumbach/Hefermehl, UWG 1964, 9. Aufl., § 16 Rdz. 4, 5, 6; Reimer, Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht 1954, 3. Aufl., 51. Kap., Rdz. 1, 3, 7

dagegen die in § 12 BGB, 37 Abs. 2 HGB, 16 Abs. 1 UWG geregelten Ansprüche nur bei namens- bzw. firmenmäßigem Gebrauch, dann aber nur aus letzteren Bestimmungen begründet wären. Ein Konkurrenzverhältnis würde dann überhaupt nicht bestehen. Die Rechtsprechung hat sich über die Trennung des warenzeichenmäßigen Gebrauchs von namens- und firmenmäßigem Gebrauch mit Recht hinweggesetzt, da sich eine praktisch brauchbare Abgrenzung nicht finden läßt[1]. Dadurch aber erfassen die in § 12, § 37 Abs. 2 HGB, § 16 Abs. 1 UWG geregelten Ansprüche auch den ursprünglich als Erweiterung des Namens- und Firmenschutzes konzipierten § 24 Abs. 1 WZG vollständig. Soweit sich Ansprüche aus § 12 BGB, § 37 Abs. 2 HGB, § 16 Abs. 1 UWG neben § 24 Abs. 1 WZG ergeben, stehen sie deshalb im Verhältnis der Anspruchskonkurrenz[2].

---

1) von Gamm, WZG 1965, § 24 Rdz. 11, § 16 Rdz. 23

2) Bussmann, Name Firma Marke, 1937, S. 255

Die Bedeutung des Prioritätsgrundsatzes

Vor der Erörterung der bei den einzelnen Kennzeichenrechten entstehenden Probleme ist die Geltung des Prioritätsgrundsatzes im allgemeinen zu begründen. Dabei ist von der Einteilung der Kollisionsfälle in Kollisionen gleichartiger Kennzeichenrechte und ungleichartiger Kennzeichenrechte auszugehen.

Die Bedeutung des Prioritätsgrundsatzes für die Kollision gleichartiger Kennzeichenrechte

Die Geltung des Prioritätsgrundsatzes ist zunächst anhand der gesetzlichen Bestimmungen für die einzelnen Kennzeichenrechte zu untersuchen. Für die Kollision von Warenzeichen untereinander gilt der Prioritätsgrundsatz kraft ausdrücklicher Bestimmung im Widerspruchsverfahren. Nach § 5 Abs. 4 WZG kann aufgrund einer früheren Anmeldung der Eintragung eines übereinstimmenden Zeichens (§ 31 WZG) für gleiche oder gleichartige Waren widersprochen werden. Ebenso gilt der Prioritätsgrundsatz im zeichenrechtlichen Löschungsverfahren. Nach § 11 Abs. 1 Ziff. 1 WZG kann der ältere Zeichenberechtigte die Löschung eines Warenzeichens beantragen, wenn das Zeichen für ihn aufgrund einer früheren Anmeldung für gleiche oder gleichartige Waren in der Zeichenrolle eingetragen steht. Auffallend ist dagegen, daß das Gesetz für den Verletzungsprozeß in § 24 WZG die Geltung des Prioritätsprinzips jedenfalls nicht ausdrücklich niedergelegt hat. Das Reichsgericht hat aus diesem Unterschied auch zunächst gefolgert, die Eintragung eines jüngeren verwechselbaren Warenzeichens gewähre dem Eingetragenen während der Dauer der Eintragung ein positives Recht zur Benutzung auch dann, wenn das jüngere Warenzeichen gemäß § 11 Abs. 1 Ziff. 1 WZG löschungsreif sei. Während der Dauer der Eintragung sei die Benutzung des jüngeren Warenzeichens selbst dann nicht widerrechtlich, wenn der Warenzeicheninhaber bei der Anmeldung seines Warenzeichens sich bewußt war, daß Verwechslungsgefahr mit einem besser berechtigten älteren Warenzeichen bestehe[1]. Mit der Entscheidung vom 20. 9. 1927 "Springendes Pferd"[2] hat das Reichsgericht die frühere Recht-

---

1) RGZ 64/274, 275, RGZ 92/386

2) RGZ 118/78, 79

sprechung aufgegeben und für die Frage der Widerrechtlichkeit gemäß § 24 Abs. 1 WZG (damals § 14 WZG) allein auf die bessere Berechtigung des älteren Zeicheninhabers abgestellt[1]. Dem ist zuzustimmen. Ein Vorrang der Löschungsklage aus § 11 Abs. 1 Ziff. 1 WZG gegenüber der Unterlassungsklage besteht nicht, ebensowenig ein positives Benutzungsrecht während der Dauer der Eintragung, vielmehr steht jede Warenzeicheneintragung unter dem Vorbehalt der Geltendmachung älterer Gegenrechte[2]. Der Gesetzgeber hat bei der Neufassung des WZG vom 5. 5. 1936 keine Veranlassung gesehen, in Anbetracht der ihm bekannten Rechtsprechung des Reichsgerichts eine vom Prioritätsprinzip abweichende Regelung im neuen § 24 WZG (bisher § 14 WZG) zu treffen. Damit hat er mit genügender Deutlichkeit die Geltung des Prioritätsgrundsatzes auch für den Tatbestand des § 24 WZG bestätigt. Der Auffassung von Haupt[3], der Prioritätsgrundsatz komme in § 24 WZG nicht zum Ausdruck, kann ich deshalb nicht beipflichten.

Dasselbe gilt für den Tatbestand des § 25 WZG. Da das Ausstattungsrecht in seinem Fortbestand von der Erhaltung der Verkehrsgeltung abhängig ist, ist für die Entstehung die Priorität der Erlangung der Verkehrsgeltung als der Zeitpunkt maßgeblich, nach dem es gegen spätere Benutzungshandlungen geschützt ist. Diese sind deshalb, ohne daß es eines besonderen Ausspruches bedurfte, widerrechtlich. Haben sich spätere, widerrechtliche Benutzungshandlungen zu einem schutzwürdigen Besitzstand oder sogar zu eigener Verkehrsgeltung auf seiten des jüngeren Benutzers verstärkt, dann tritt lediglich die Geltung des Prioritätsprinzips hinter dem Interessenausgleich durch Anwendung der Grundsätze der Verwirkung zurück. Setzt sich die jüngere Ausstattung im gesamten Gebiet der älteren durch, dann erlischt die ältere, weil eine Ausstattung innerhalb desselben Wirtschaftsgebietes nur für einen Betrieb Herkunftsfunktion erfüllen kann[4].

---

1) so auch BGH GRUR 54/346, 347

2) Baumbach/Hefermehl, WZG 1969, 10. Aufl., § 24 Anm. 14; Reimer/Trüstedt, WZG 1966, 4. Aufl., 29. Kap., Rdz. 9, S. 520; von Gamm, WZG 1965, § 24 Rdz. 2

3) Die Bedeutung des Prioritätsgrundsatzes im Recht der Kennzeichen, S. 70

4) BGHZ 16/82, 91 Wickelsterne, BGHZ 34/300 Almglocke, Baumbach Hefermehl, WZG 1969, 10. Aufl., § 25 Rdz. 37, 46; Reimer Heydt, WZG 1966, 4. Aufl., 38. Kap., Rdz. 3

Dies ist jedoch kein Argument gegen die Bedeutung des Prioritätsprinzips in § 25 WZG. Ist die Verwirkung nur örtlich begrenzt im Bereich der älteren Ausstattung eingetreten, dann behält der Prioritätsgrundsatz seine Bedeutung für das Restgebiet der älteren Ausstattung. Benutzungshandlungen sind in dem von der Verwirkung nicht erfaßten Gebiet nach wie vor widerrechtlich gemäß § 25 WZG. Auch diese Auffassung der ständigen Rechtsprechung hat der Gesetzgeber durch die Neufassung des § 25 WZG vom 5. 5. 1936 bestätigt. Dies ist umso mehr anzunehmen, als die Rechtsprechung seit dem Urteil vom 26. 5. 1933 The white spot"[1] sogar die Kollision von Ausstattung und Warenzeichen nach dem Prioritätsprinzip entscheidet und diese Rechtsprechung jahrelang Gegenstand lebhafter wissenschaftlicher Erörterung war. Wenn der Gesetzgeber dennoch die Änderung des WZG vom 5. 5. 1936 und alle späteren Änderungen verstreichen ließ, ohne die bekannte Rechtsprechung des Reichsgerichts bzw. des Bundesgerichtshofs zu korrigieren, so muß man daraus auf die Billigung der Anwendung des Prioritätsprinzips durch den Gesetzgeber schließen. Der Auffassung von Haupt, daß auch in § 25 WZG das Prioritätsprinzip nicht zum Ausdruck komme, ist deshalb nicht zuzustimmen[2].

Für den förmlichen Firmenschutz ist das Prioritätsprinzip zunächst in § 30 Abs. 1, § 37 Abs. 2 HGB, § 1004 BGB dadurch niedergelegt, daß die neue, d. h. die prioritätsjüngere Firma sich von den in demselben Ort bereits bestehenden und eingetragenen Firman deutlich unterscheiden muß, widrigenfalls der Benutzer auf Unterlassung verklagt werden kann. Unbefugt ist der Gebrauch der jüngeren, nicht deutlich unterschiedenen Firma sowohl ohne Eintragung der letzteren, aber auch nach Eintragung. Die Eintragung der nicht deutlich unterscheidbaren jüngeren Firma in das Handelsregister macht deren Gebrauch nicht für die Dauer der Eintragung rechtmäßig. Die Eintragung steht insoweit von Anfang an unter dem Vorbehalt der Geltendmachung älterer Rechte gemäß § 30 Abs. 1, 37 Abs. 2 HGB. Die Bedeutung dieser ausdrücklichen gesetzlichen Niederlegung des Prioritätsprinzips ist in ihrem sachlichen Umfang jedoch beschränkt, da der Unterlassungsanspruch erstens örtlich begrenzt ist und zweitens an die Eintragung der älteren Firma anknüpft.

---

1) RGZ 141/110, 119
2) Haupt aaO., S. 70, 71

Von größerer praktischer Bedeutung (auch für den materiellen Firmenschutz) ist die Geltung des Prioritätsprinzips für den Tatbestand des § 16 UWG. Die Anwendung des Prioritätsgrundsatzes ergibt sich einmal aus der Entstehungsgeschichte des § 16 UWG selbst. Dem § 16 UWG entsprach der § 8 UWG vom 1. 7. 1896. In der letzteren Bestimmung war der Unterlassungsanspruch an die subjektive Voraussetzung der Benutzung in Verwechslungsabsicht geknüpft. Da die danach erforderliche Verwechslungsabsicht der Natur der Sache nach nur der prioritätsjüngere Benutzer überhaupt haben konnte, ergibt sich insoweit die Geltung des Prioritätsprinzips zunächst für den § 8 UWG (vom 1. 7. 1896). Wenn der Gesetzgeber bei der Neufassung des § 16 UWG vom 1. 11. 1909 im Tatbestand des § 16 Abs. 1 UWG auf die subjektive Verwechslungsabsicht verzichtete und zudem dessen Rechtsfolge auf die neugeschaffenen Kennzeichenrechte des § 16 Abs. 3 UWG übertrug, so spricht das für seine Vorstellung, daß der Prioritätsgrundsatz nunmehr eben auch bei einer rein objektiven Kollision ohne Verwechslungsabsicht maßgebend sein sollte. Die Rechtsprechung des Reichsgerichts hat dementsprechend das Prioritätsprinzip schon bald nach der Neufassung des § 16 UWG vom 1. 11. 1909 in dieser erweiterten Form zugrunde gelegt. Schon in der Entscheidung vom 11. 11. 1910[1] heißt es: "Der Erwerb des Rechts, sich einer besonderen Bezeichnung für eine Druckschrift ausschließlich zu bedienen, vollzieht sich allein durch die Priorität." In einer Entscheidung vom 8. 7. 1911[2] spricht das Reichsgericht vom Prioritätsgrundsatz als "unausgesprocheninnewohnende Voraussetzung" des Tatbestands. Diese Rechtsprechung ist vom Reichsgericht ständig beibehalten worden[3]. Der Bundesgerichtshof hat sich der Rechtsprechung des Reichsgerichts angeschlossen[4]. Mit dieser Rechtsprechung ist zugleich ausgesprochen, daß dem prioritätsälteren Zeichenberechtigten gegenüber eine spätere Benutzung grundsätzlich nicht als befugt angesehen werden kann.

Der Gesetzgeber hat seinerseits, obwohl die Rechtsprechung das Prioritätsprinzip seit 1910 ständig als maßgebliches Kriterium für die Entscheidung

---

1) RGZ 74/349
2) RGZ 77/29
3) RG GRUR 1911/148 für die Firma, RG MUW 21/103 und 206 für die Geschäftsbezeichnung, RGZ 108/274, RG MUW 1927, 28/267
4) z. B. BGHZ 24/238 Tabu, BGHZ 19/23 Magirus

der Kollision zweier (gleichartiger) Kennzeichenrechte zugrunde gelegt hat, sich niemals veranlaßt gesehen, diese ständige Rechtsprechung durch Änderung des UWG auf gesetzgeberischem Wege zu korrigieren. Der Prioritätsgrundsatz gilt deshalb heute mindestens jedenfalls kraft richterlicher Rechtsfortbildung. Angriffe auf die Geltung des Prioritätsprinzips im Rahmen des § 16 UWG sind denn auch vereinzelt geblieben. Die Auffassung Godin's[1], die Kollision von Kennzeichenrechten müßte nicht nach der Priorität, sondern nach der Verkehrsgeltung der Vergleichszeichen entschieden werden, würde zu großer Rechtsunsicherheit führen. Die Stärke der beiderseitigen Verkehrsdurchsetzung läßt sich für die Beteiligten nur in seltenen Fällen eindeutig feststellen, regelmäßig wären die Parteien auf die richterliche Entscheidung angewiesen. Die berechtigten Interessen des prioritätsjüngeren, aber im Verkehr materiell durchgesetzten Zeichens lassen sich auch bei Anwendung des Prioritätsgrundsatzes gegenüber dem älteren, aber nicht materiell durchgesetzten Zeichen dadurch wahren, daß entweder der Schutzbereich aufgrund der Nichtbenutzung kleiner angesetzt, oder aber sogar eine Verwirkung der Ansprüche des prioritätsälteren Zeicheninhabers angenommen wird. Entgegen der Auffassung von Haupt[2] ist mit der ständigen Rechtsprechung daran festzuhalten, daß auch im Rahmen des § 16 UWG der Priorität grundsätzlich, von den Fällen der Verwendung des bürgerlichen Namens abgesehen, die entscheidende Bedeutung für die Lösung der Kollision zweier Kennzeichenrechte zukommt. Benutzungshandlungen des prioritätsjüngeren Zeichens sind dem prioritätsälteren Zeichen gegenüber unbefugt[3].

Schließlich kann ich auch der Auffassung von Haupt[4] jedenfalls in dieser Allgemeinheit nicht zustimmen, der Priorität komme im Rahmen des § 12 BGB keine Bedeutung zu. Soweit dies damit begründet wird, daß der bürgerliche Name kraft Familienrecht als Zwangsname erworben werde und die Rechtsordnung deshalb die Gleichnamigkeit als Selbstverständlichkeit in Kauf nehme, ist die Auffassung allerdings nicht zu beanstanden. Die Rechtsnormen über den Erwerb des bürgerlichen Zwangsnamens

---

1) GRUR 1929/998 - 1003

2) Haupt aaO, S. 70

3) allgemeine Meinung Baumbach/Hefermehl, UWG 1964, 9. Aufl., Übersicht vor § 16 Rdz. 12

4) Haupt aaO, S. 70

schließen in der Tat die Anwendung des Prioritätsprinzips aus. Dasselbe gilt weitgehend auch für die Bestimmungen über die Bildung der Firma nach §§ 18, 19 HGB, die ebenfalls eine uneingeschränkte Anwendung des Prioritätsgrundsatzes unmöglich machen. Haupt übersieht jedoch, daß damit der Anwendungsbereich des § 12 BGB nicht erschöpft ist. Zunächst findet § 12 BGB nicht nur auf den bürgerlichen Zwangsnamen, sondern auch auf Wahlnamen, wie Deckname, Pseudonym oder Künstlername Anwendung. Die Wahlnamen unterliegen jedoch hinsichtlich der Kollision mit älteren Zwangsnamen und auch hinsichtlich ihrer Kollision mit anderen Wahlnamen der Geltung des Prioritätsprinzips. Ferner ist zu beachten, daß die Rechtsprechung den § 12 BGB weit über den ursprünglichen Tatbestandsbereich hinaus, nicht nur auf Namen juristischer Personen, nicht rechtsfähiger Vereine, sondern auch auf die Firma (sowohl die Firma des Einzelkaufmanns wie der Personengesellschaft sowie der Kapitalgesellschaften) und schließlich auch auf die besonderen Geschäftsbezeichnungen mit Namensfunktion anwendet. Für die heutige Rechtsanwendung ist es deshalb erforderlich, innerhalb des Tatbestands des § 12 BGB zwischen zwei Gruppen von Namen zu unterscheiden, soweit die Anwendung des Prioritätsprinzips zur Frage steht. Während auf die Kollision von Kennzeichenrechten, die entweder Zwangsnamen sind oder aus solchen gebildet werden, der Prioritätsgrundsatz keine Anwendung findet, ist er maßgeblich für die Kollision all der Kennzeichenrechte mit Namensfunktion, die aufgrund freier Wahl entstehen. Der Gebrauch des gleichen oder verwechselbaren Namens durch einen prioritätsjüngeren Zeichenbenutzer ist den prioritätsälteren gegenüber insoweit unbefugt im Sinne des § 12 Satz 1 BGB. Diese Differenzierung innerhalb des Tatbestands des § 12 BGB läßt sich allerdings nicht ausdrücklich dem Gesetz entnehmen, sondern ist eine Folge der extensiven Auslegung des § 12 BGB. Soweit der Anwendungsbereich des § 12 BGB den Tatbestand des § 16 UWG einbezogen hat, ist die Anwendung des Prioritätsgrundsatzes notwendig und gerechtfertigt, weil der Mangel der Befugnis zur Benutzung in § 12 BGB und die Widerrechtlichkeit der Benutzung in § 16 UWG eine einheitliche Auslegung erfahren müssen. Soweit der Prioritätsgrundsatz in § 16 UWG gilt, muß er auch in dem kongruenten Teil des Tatbestandes des § 12 BGB zur Anwendung gelangen[1].

---

1) Baumbach/Hefermehl, UWG 1964, 9. Aufl., § 16 Rdz. 52, 62; BGHZ 10/196 Dun Europa, BGHZ 21/85 Spiegel

Die Geltung des Prioritätsprinzips für die Kollision ungleichartiger Kennzeichenrechte

Während das Gesetz für die Kollision gleichartiger Kennzeichenrechte entweder kraft positiver gesetzlicher Regelung, z. B. in §§ 5 Abs. 4, 11 Abs. 1 Satz 1 WZG, § 30 Abs. 1, § 37 Abs. 2 HGB oder wenigstens stillschweigend von der Geltung des Prioritätsgrundsatzes ausgeht, enthält das Gesetz keine ausdrückliche Regelung für die Kollision ungleichartiger Kennzeichenrechte. Nicht einmal für die Kollision so verwandter Kennzeichenrechte wie Warenzeichen und Ausstattung enthält das Warenzeichengesetz eine den §§ 5 Abs. 4, 11 Abs. 1 Satz 1 WZG entsprechende Regelung. Dieses immerhin auffallende Schweigen des Gesetzes bedarf einer Erklärung. Zunächst ist in Erinnerung zu bringen, daß der Gesetzgeber das Kennzeichenrecht niemals als einheitliche Materie, sondern in verschiedenen Gesetzen zersplittert geregelt hat. Darüber hinaus zeigt ein Rückblick auf die Entwicklung des Zeichenrechts, daß der Gesetzgeber teilweise eine Regelung nicht für erforderlich hielt, weil er die Beeinträchtigung verschiedener ungleichartiger Kennzeichenrechte überhaupt nicht erkannte, oder von einer Regelung im Sinne des Prioritätsprinzips bewußt abwich. Das letztere gilt für das Verhältnis von bürgerlichen Zwangsnamen und Personalfirma. Die in den §§ 18, 19 HGB getroffene Regelung setzt das Nebeneinanderbestehen von Namens- und Firmenrechten am gleichen Zeichen voraus und ist deshalb als eine vom Prioritätsprinzip bewußt abweichende Regelung zu werten.

Im übrigen ist das Fehlen von Regelungen für die Kollision ungleichartiger Kennzeichenrechte historisch bedingt. Was zunächst das Verhältnis von Warenzeichen zu anderen Kennzeichenrechten (Name und Firma) betrifft, so ist zu beachten, daß bis zur Einführung des WZG vom 12. 5. 1894 eine Kollision überhaupt nicht denkbar war, weil als Warenzeichen nur Bildzeichen eintragbar und als Name oder Firma nur Wortzeichen Verwendung finden konnten. Die Abgrenzung nach der äußeren Form schloß die Möglichkeit einer Kollision aus (von der Verwechslung von Wort- und Bildzeichen abgesehen). Erst mit der Erweiterung der Eintragungsfähigkeit von Warenzeichen auch auf Wortzeichen entstand durch den Wegfall der äußeren Unterscheidungsmöglichkeit überhaupt erst das Problem der Kollision. Der Gesetzgeber glaubte das Problem mit dem dem heutigen § 16 WZG entsprechenden § 13 WZG (1894) zu lösen, der die Verwendung von Name und Firma trotz der Eintragung eines Warenzeichens scheinbar ohne

Rücksicht auf Prioritätsverhältnisse und sachlich unbeschränkt zuließ. Es wurde bereits ausgeführt, daß die Rechtsprechung zunächst den § 13 WZG (1894) restriktiv dahin auslegte, daß nur der firmenmäßige, nicht aber der warenzeichenmäßige Gebrauch gegenüber der Eintragung eines Warenzeichens gestattet sei, und nach Erkenntnis der Undurchführbarkeit auch dieser Abgrenzungsmöglichkeit zur Anwendung des Prioritätsprinzips gelangte.

Zwischen Warenzeichen und Ausstattung bestand nach der ursprünglichen Rechtsauffassung des Reichsgerichts überhaupt kein Kollisionsproblem, da die ältere Rechtsprechung des Reichsgerichts in der Anmeldung eines jüngeren, mit einer älteren Ausstattung verwechselbaren Warenzeichens selbst zum Zwecke der Täuschung im Wettbewerb keine nach § 15 WZG (1894) verbotene Benutzungshandlung sah. Erst als das Reichsgericht diese Rechtsprechung zum sogenannten Ausstattungsraub aufgab und schließlich zur Gleichwertigkeit der Rechte gelangte[1], stellte sich überhaupt erst das Problem der Kollision von Warenzeichen und Ausstattung.

Auch im Verhältnis von Name und Firma zu den Kennzeichenrechten des § 16 Abs. 1 UWG läßt sich das Fehlen einer ausdrücklichen Kollisionsregelung historisch erklären. Ursprünglich war das Verhältnis dieser Kennzeichenrechte in § 8 UWG vom 1. 7. 1896 in dem Sinn geregelt, daß nur eine Benutzung, die danach berechtigt und geeignet war, Verwechslungen hervorzurufen, einen Unterlassungsanspruch begründete. Da selbstverständlich war, daß nur der jüngere Zeicheninhaber die Verwechslungsabsicht haben konnte, bedurfte es einer Erwähnung des Prioritätsprinzips nicht. Bei der Neufassung des § 16 UWG durch Gesetz vom 1. 11. 1909 übersah der Gesetzgeber, daß nach dem Verzicht auf den subjektiven Tatbestand der Verwechslungsabsicht die Geltung des Prioritätsprinzips keineswegs mehr eine Selbstverständlichkeit war, sondern der ausdrücklichen Niederlegung bedurft hätte.

Für die in § 16 Abs. 3 Satz 2 UWG getroffene Regelung hinsichtlich des Verhältnisses zu Warenzeichen und Ausstattung war die Vorstellung bestimmend, daß sich die Verwendungsformen der Kennzeichenrechte gegenseitig

---

1) RGZ 141/110, 119

abgrenzen lassen würden. Es wurde bereits ausgeführt, daß das Kennzeichenrecht über diese gesetzgeberischen Vorstellungen hinweggegangen ist. Es ist vielmehr davon auszugehen, daß sich die kennzeichenrechtlichen Verwendungsformen weitgehend überschneiden.

Da die gesetzgeberische Regelung keine eindeutigen Lösungsprinzipien erkennen läßt war es Aufgabe der Rechtsprechung, eine Lösung für die Kollision verschiedenartiger Kennzeichenrechte selbst zu entwickeln. Untauglich war der allerdings expressis verbis nicht ausgesprochene Versuch der Rechtsprechung, einen Vorrang des förmlichen Warenzeichenrechts gegenüber anderen Zeichenrechten zu statuieren. Aufgrund einer überspitzten Bewertung des in der Eintragung liegenden Wertes ging das Reichsgericht zunachst von der Höherrangigkeit des jüngeren Warenzeichens gegenüber der älteren Ausstattung aus. Mit der Entscheidung The white spot[1] hat das Reichsgericht jedoch endgültig mit dieser Rechtsprechung gebrochen und ist zur Gleichwertigkeit von Warenzeichen und Ausstattung gelangt.

Eine ähnliche Entwicklung hat die Beurteilung der Kollision des älteren Firmenrechts mit dem jüngeren Warenzeichen durchlaufen. Auch hier glaubte die Rechtsprechung des Reichsgerichts ursprünglich, der in der Eintragung liegende Wert sei höher zu veranschlagen und das ältere Firmenrecht deshalb auf die beschränkte Weiterbenutzung zu verweisen. In der späteren Rechtsprechung mußte auch diese Auffassung fallen gelassen werden. Auch der umgekehrte Versuch, einen Vorrang der sachlichen Rechte gegenüber förmlichen Rechten zu statuieren, muß scheitern. Eine solche Rangordnung würde in der Kollision zwischen dem materiellen Ausstattungsrecht und dem förmlichen Warenzeichen den gesetzgeberischen Zweck der Eintragung des Warenzeichens vereiteln, der auf dem Gedanken der Entwicklungsbegünstigung des förmlichen Rechts liegt[2]. Auch sonst ergibt sich im gesamten Zeichenrecht kein Anhaltspunkt für den geringeren Rang förmlicher Rechte gegenüber sachlichen, vielmehr ist von der Gleichwertigkeit der Rechte auszugehen[3].

---

1) RGZ 141, 110, 119
2) Ulmer, Warenzeichen und unlauterer Wettbewerb 1929, S. 63, 69
3) im Verhältnis von Ausstattung und Warenzeichen BGH GRUR 58 544 Colonia; Baumbach/Hefermehl, WZG 1969, 10. Aufl., Einl. Rdz. 39

Für die Lösung der Kollision ungleichartiger Kennzeichenrechte bleibt deshalb nur die Entscheidung nach der Priorität übrig. Dies gilt insbesondere deswegen, weil aufgrund der Maßgeblichkeit der Verkehrsauffassung sowohl der Schutzumfang als auch die Rechtsqualität der Kennzeichenrechte sich dynamisch entwickeln und ändern können. Nur die Anwendung des Prioritätsprinzips ermöglicht es, einerseits das Rechtsverhältnis zweier Kennzeichenrechte unabhängig von späteren Änderungen des Schutzumfangs oder des Rechtscharakters für einen Zeitpunkt ein für allemal zu bestimmen und andererseits Änderungen des Schutzumfangs gegenüber den nach der Änderung entstandenen Kennzeichenrechten zu berücksichtigen. Nur das Prioritätsprinzip ist geeignet, die aus der Wandlung etwa eines Warenzeichens zu einem Unternehmenskennzeichen mit sachlich erweitertem Schutzumfang sich ergebenden Kollisionen mit verschieden alten anderen Kennzeichenrechten für jeden Fall nach verschiedenen Prioritäten differenziert zu lösen. Es zeigt sich, daß bestimmte Ordnungsprinzipien des Kennzeichenrechts andere weitere Prinzipien bedingen. So folgt aus dem Grundsatz der Maßgeblichkeit der Verkehrsauffassung für Entstehung und Rechtscharakter der sachlichen Kennzeichenrechte das Prinzip der Wandelbarkeit des Umfangs des Rechtsschutzes der Kennzeichenrechte. Aus der dynamischen Bestimmung des Schutzumfangs der Kennzeichenrechte folgt als sachgerechte Lösung für die Kollision mit anderen Kennzeichenrechten die Anwendung des Prioritätsprinzips.

Das Prioritätsprinzip ist deshalb in der Rechtsprechung mit Recht als das für die Kollision ungleichartiger Kennzeichenrechte maßgebliche Kriterium anerkannt[1]. Auch in der Literatur wird die Geltung des Prioritätsprinzips im Grundsatz kaum bestritten, wenn auch die Ausnahmen im einzelnen kontrovers sind[2]. Die Auffassung von Godin[3], die Kollision von Kennzeichenrech-

---

1) BGHZ 21/85, 86 Spiegel; BGHZ 19/23, 28 Magirus; BGH GRUR 54/123 Auto Fox

2) Baumbach/Hefermehl, UWG 1964, 9. Aufl., Übersicht vor § 16 Rdz. 12; Reimer/Trüstedt, WZG 1966, 4. Aufl., 26. Kap., Rdz. 9; von Gamm, WZG 1965, Einführung, Rdz. 67; Bussmann, Name Firma Marke, 1937, S. 200, 209, 210, 211; im Ergebnis auch Haupt Wolfgang, Dissertation Köln 1963, Die Bedeutung des Prioritätsgrundsatzes im Recht der Kennzeichen, S. 84; Trüstedt, MA 1966/260; Simon in Festschrift Werner vom Stein, Karlsruhe, 1961, S. 120; Hefermehl, Festschrift für Hueck, S. 530, 532

3) Godin, GRUR 1929/998 - 1003

ten sei äußerstenfalls entgegen dem Prioritätsgrundsatz in erster Linie nach einer am materiellen Besitzstand orientierten Interessenabwägung zu lösen, findet heute keine Anhänger mehr. Sie beruht auf einer Verkennung des Eigenwerts der Registrierung und einer entsprechenden Überbewertung des sachlichen Rechts. Mit dem Charakter des förmlichen Warenzeichens als Ausschlußrecht ist es unvereinbar, es unter den Vorbehalt der späteren Entstehung sachlicher Rechte zu stellen.

Die Anwendung des Prioritätsgrundsatzes bei nachträglichen Änderungen des Schutzumfangs oder Änderungen der Rechtsnatur der Kennzeichenrechte

Der Prioritätsgrundsatz ermöglicht zunächst eine befriedigende Lösung der erstmaligen Kollision von Kennzeichenrechten. Kollidierende Kennzeichenrechte stehen aber nicht in einem statischen, durch feste Schutzumfänge gekennzeichneten Verhältnis; ihre Kollision wird vielmehr durch den dynamischen Charakter der Kennzeichenrechte geprägt. Die Kennzeichenrechte können durch Handlungen des Zeicheninhabers oder aber aufgrund der Wandlung der Verkehrsauffassung nachträglich ihren Schutzumfang ändern (quantitative Änderung) oder sogar den Rechtscharakter wechseln (qualitative Änderung). Die auf den Zeitpunkt des erstmaligen Kollidierens abgestellte Anwendung des Prioritätsgrundsatzes bedarf bei nachträglichen Änderungen der für die Kollision relevanten Umstände einer Modifikation[1]. Entsteht die Kollision nicht schon bei der erstmaligen Benutzung zweier Kennzeichenrechte, sondern erst nachträglich, dann ist bezüglich der Anwendung des Prioritätsprinzips zwischen zwei Tatbestandsgruppen zu unterscheiden.

Die nachträgliche Kollision kann einerseits auf der Änderung von Faktoren beruhen, auf die der Zeichenbenutzer Einfluß hat, so daß ihm die dadurch eintretende Kollision unabhängig von den ursprünglichen Prioritätsverhältnissen zurechenbar ist. Hierher gehört zunächst der Fall, daß der ursprünglich prioritätsältere Zeicheninhaber durch eine Änderung der Zeichenform die Verwechslungsgefahr mit an sich prioritätsjüngeren Zeichen erst herbeiführt oder verstärkt. Ein gutes Beispiel bildet der Fall Farina - Rote Blume[2]. Das Weglassen des unterscheidenden Zusatzes, der roten

---

1) Simon, Festschrift Werner vom Stein, S. 125

2) BGHZ 14/155

Blume, steigerte die Verwechslungsgefahr hinsichtlich der gleichlautenden Firmen und war deshalb ohne Rücksicht auf die ursprünglichen Prioritätsverhältnisse zu untersagen. Entsprechendes gilt für die Herbeiführung oder Verstärkung einer Kollision durch örtliche Veränderung des Bereichs der geschäftlichen Tätigkeit. Grundsätzlich obliegt es demjenigen, der die Ausdehnung seines Geschäftsbereichs herbeigeführt hat, auch wenn seine Firma die ältere ist, durch unterscheidende Zusätze oder eine sonstige Veränderung des Firmennamens die Verwechslungsgefahr auf dem örtlich oder sachlich gemeinsamen Gebiet auszuschließen[1]. Ähnlich hat der Bundesgerichtshof den Fall entschieden, daß nach Kriegsende für ein im Gebiet der Ostzone belegenes Unternehmen zunächst eine Auffangfirma in der Bundesrepublik gegründet und später auch der nunmehr enteignete Ostbetrieb nachträglich ebenfalls in den Westen verlegt wurde[2]. Unabhängig von den ursprünglichen Prioritätsverhältnissen ist das Kollisionsproblem so zu beurteilen, als ob sich die Wirkungskreise zweier gleichnamiger Firmeninhaber bisher örtlich überhaupt nicht oder nicht erheblich berührt hätten und erst die spätere Ausdehnung des Geschäftsbereichs des einen Firmenberechtigten die Verwechslungsgefahr begründet oder erhöht hätte. Schließlich sind in diesem Zusammenhang diejenigen Fälle aufzuführen, in denen zwar ursprünglich eine Kollision zweier Kennzeichenrechte bestand, der Prioritätsgrundsatz jedoch infolge Verwirkung der Rechte des prioritätsälteren Zeicheninhabers zurücktreten mußte und nunmehr der durch die Verwirkung entstandene Gleichgewichtszustand zwischen den beiden Kennzeichenrechten durch Veränderungen der Zeichenbenutzung eines Zeicheninhabers gestört wird. So lag es im Fall Wickelsterne, als der Inhaber der jüngeren, durch Verwirkung entstandenen örtlich begrenzten Ausstattung sich innerhalb der örtlich weitergehenden Ausstattung des älteren Ausstattungsberechtigten auszudehnen begann[3]. Umgekehrt hätte der ältere Ausstattungsberechtigte auch nicht unter Berufung auf seine Priorität wieder in das Gebiet der jüngeren Ausstattung eindringen dürfen. Die Verwirkung schuf

---

1) BGH GRUR 53/252, Hochbau Tiefbau

2) BGH GRUR 58/90, 91 Hähnel; Ulmer/Reimer, Unlauterer Wettbewerb, Bd. III 1968, S. 175, Rdz. 243; Reimer/Trüstedt WZG 1966, 4. Aufl., 13. Kap., S. 362, Rdz. 7

3) BGHZ 16/82

zwischen den beiden Ausstattungen eine Gleichgewichtslage, die die Berufung auf die ursprünglichen Prioritätsverhältnisse ausschloß.

Die nachträgliche Kollision kann aber andererseits auf der Änderung der Faktoren beruhen, auf die der Zeichenbenutzer keinen unmittelbaren Einfluß hat, so daß es nicht gerechtfertigt erscheint, ihm eine dadurch verursachte bzw. verschärfte Kollision anzulasten. Es handelt sich dabei um die durch die gesetzmäßige Benutzung des Zeichens bewirkten Änderungen im Schutzumfang. Diese sind die Folge der vom Gesetz selbst erwünschten wirtschaftlichen Verwendung des Kennzeichens. Die Änderungen im Schutzumfang können quantitativer, aber auch qualitativer Natur sein. Als quantitative Veränderung kann durch die Steigerung der Verkehrsgeltung eines Zeichens dessen Schutzumfang sich erweitern, so daß auch der Bereich der Verwechslungsgefahr sich mit ausdehnt. Die Steigerung der Verkehrsgeltung kann aber auch eine qualitative Änderung des Schutzumfangs derart herbeiführen, daß mit der Änderung der Verkehrsauffassung das Zeichen seinen Rechtscharakter selbst wechselt. Ein Warenzeichen kann etwa durch Steigerung seiner Verkehrsgeltung den Rechtsschutz eines Unternehmenskennzeichens oder einer berühmten Marke dazugewinnen. In den vorgenannten Beispielen kommen infolge der Erweiterung des Schutzumfangs nachträglich Kollisionen mit Kennzeichen zustande, die sich im Zeitpunkt der beiderseitigen Entstehung unbeeinträchtigt gegenüberstanden. Auch in diesen Fällen bedarf die Anwendung des Prioritätsgrundsatzes der Differenzierung. Uneingeschränkt findet der Prioritätsgrundsatz Anwendung auf die erst nach der Erweiterung des Kennzeichenschutzes zur Entstehung gelangenden jüngeren Kennzeichenrechte. Dagegen kann die Priorität der Entstehung von Kennzeichenrechten dann keine Rolle spielen, wenn die Kennzeichenrechte im Augenblick der Entstehung überhaupt nicht kollidierten, vielmehr die Kollision erst durch die Steigerung der Verkehrsgeltung eines oder beider Kennzeichen eintrat. Stehen sich zwei Kennzeichenrechte gegenüber, dann findet der Prioritätsgrundsatz nur dann Anwendung, wenn die für die Kollision erforderlichen Voraussetzungen schon im Zeitpunkt der Entstehung des prioritätsjüngeren Kennzeichenrechtes gegeben waren[1]. Die Rückbeziehung der durch die Verkehrsdurchsetzung erlangten Rechtsstellung auf die Zeit, als sich das

---

1) BGHZ 21/85, 95

ältere Kennzeichenrecht noch nicht derart durchgesetzt hatte, ist unzulässig[1]. Der BGH hat es insbesondere mit Recht abgelehnt, den erweiterten Schutz der berühmten Marke auf solche nachträglich kollidierenden Zeichen zurückzubeziehen, die im Zeitpunkt ihrer Entstehung nicht mit der späteren berühmten Marke kollidierten[2]. Umgekehrt können prioritätsältere Kennzeichen der Ausweitung eines jüngeren Zeichens zur berühmten Marke jedenfalls dann nicht unter Berufung auf ihre Priorität entgegentreten, wenn im Augenblick der erstmaligen Entstehung der Kennzeichenrechte eine Kollision nicht bestand und die Entwicklung des jüngeren Zeichens zur Berühmtheit lediglich durch die Steigerung der Verkehrsgeltung bewirkt wird. Da diese Steigerung der Verkehrsgeltung zur Berühmtheit nur die mittelbare Folge der vom Gesetz geförderten (vgl. § 1 WZG) Benutzung der Kennzeichen ist, muß sie, sofern nur die erstmalige Benutzung geduldet werden mußte, grundsätzlich ebenfalls hingenommen werden[3].

---

1) BGH GRUR 57/341 Venostasin; BGHZ 19/23, 28 Magirus; BGHZ 21/66 Hausbücherei

2) BGHZ 19/28 Magirus

3) BGHZ 25/375 Mit dem feinen Whipp

Die Kollisionsprobleme von Warenzeichen, Ausstattung und berühmter Marke ohne Namensfunktion

Im nachfolgenden Text wird jeweils die Grundeinteilung beibehalten, daß zunächst die für den Eintritt einer Kollision zwischen Kennzeichenrechten relevanten Umstände und anschließend die bei Vorliegen dieser Voraussetzungen resultierenden Rechtsfolgen erörtert werden.

Die rechtlichen Voraussetzungen einer Kollision bei Warenzeichen und Ausstattungsrechten

Der örtliche Schutzbereich des Warenzeichens

Das Reichsgericht hatte in der Entscheidung vom 2. 10. 1886[1] ursprünglich den Grundsatz der Universalität der Marke aufgestellt. In der genannten Entscheidung heißt es auf Seite 31: "Geht sonach die Wirkung derjenigen Betätigung, welche als zu schützendes Recht anerkannt wird, von einem bestimmten Punkte aus, so ist doch die gewollte Wirkung um derentwillen der Rechtsschutz gewährt wird, ihrer Natur nach eine räumlich unbeschränkte." Das Reichsgericht leitete diese Auffassung aus der Gleichsetzung mit Namens- und Firmenrechten ab, wobei unausgesprochen die Auffassung der persönlichkeitsrechtlichen Natur des Warenzeichens bestimmend gewesen sein mag. Sachlich begründete das Reichsgericht den räumlich unbegrenzten Schutz deutscher Warenzeichen mit der Notwendigkeit, den Rechtsschutz auch auf Länder auszudehnen, die überhaupt keinen eigenen Markenschutz kannten. Selbst in dem Fall, daß der Inländer sich auch im Ausland an sich ein Markenrecht verschaffen konnte, bejahte das Reichsgericht ein Bedürfnis, das deutsche Markenrecht auch auf das Ausland zu erstrecken, da die Verletzung des ausländischen Markenrechtes im Ausland jedenfalls dann nicht geltend gemacht werden könne, wenn der Verletzer im Inland wohne. Die Frage der Benutzung eines deutschen Markenrechts durch einen Ausländer im Ausland hat das Reichsgericht allerdings nicht entschieden.

Die Rechtsprechung des Reichsgerichts ist schon früh auf berechtigte Kritik

---

1) RGZ 18/28, 31

gestoßen[1]. Mit Recht haben Instanzgerichte und Literatur die Ansicht des Reichsgerichts sowohl in Ausgangspunkt als auch in den Folgerungen angegriffen. Die stillschweigende Gleichsetzung von Namens- und Firmenrecht mit dem Warenzeichen hinsichtlich der Rechtsnatur war nicht vertretbar. Während das Namensrecht ein Persönlichkeitsrecht ist und das Firmenrecht wenigstens einen persönlichkeitsrechtlichen Einschlag hat, sofern der bürgerliche Name darin Verwendung findet, ist das Markenrecht als Immaterialgüterrecht anzusehen. Die Rechtsprechung des Reichsgerichts mußte ausserdem zu einer Mißachtung der Souveränität ausländischer Staaten führen. Der Grundsatz der Universalität der Marke wäre an sich als Ordnungsvorstellung im Verhältnis der Staaten denkbar gewesen, wenn bereits bei Beginn der forcierten Entwicklung des Markenwesens im 19. Jahrhundert die führenden Industriestaaten im Verhältnis Ausland und Inland einfach nach dem Prioritätsgrundsatz entschieden hätten. Dies wiederum war bei der Verschiedenheit schon der Grundvorstellungen vom Markenrecht nicht denkbar und hätte überdies vermutlich zur Aushöhlung der strengen auf dem Eintragungsgrundsatz beruhenden Rechtsordnungen vom Ausland her geführt. In Deutschland hätte außerdem die positive Gesetzesbestimmung des § 23 WZG (1896) eine derart weitgehende Berücksichtigung von Auslandszeichen verhindert. Nach dem Beitritt Deutschlands zur Pariser Verbandsüberein - kunft vom 1. 5. 1903 war überdies die Geltendmachung erlangter ausländischer Schutzrechte entsprechend den dortigen Erfordernissen auch bei Verletzung durch Deutsche gewährleistet. Das Argument völliger Schutzlosigkeit deutscher Exporteure in unterentwickelten Staaten entfiel schließlich mit der weitgehenden Einführung von Markenschutzgesetzen auch in diesen Staaten.

Das Reichsgericht ist in der Folgezeit, zunächst jeweils als Ausnahme vom Grundsatz der Universalität formuliert, von seiner Rechtsprechung für den Fall abgerückt, daß dasselbe Warenzeichen in Deutschland und im Aus - land verschiedenen Personen für gleichartige Ware geschützt ist. Es hat für

---

1) Hagens, Warenzeichenrecht 1927, § 12 Anm. 6, S. 188, 189; Seligsohn Martin, Die örtlichen Grenzen des Zeichenrechts, Abhandlungen zum Arbeitsgebiet des Reichspatentamts Berlin 1927, S. 193 - 208; Herausgeber Hermann Isay, S. 193, 195, 203; anders dagegen Seligsohn Arnold, Warenzeichenrecht 1925, 3. Aufl., S. 173, 174 und Kohler, Warenzeichenrecht 1910, S. 244

diesen Fall anerkannt, daß der deutsche Zeicheninhaber in der Ausübung des ausländischen Zeichenrechts keinen Eingriff in sein Recht erblicken könne[1]. Mit der Entscheidung vom 20. 9. 1927 Springendes Pferd[2] hat das Reichsgericht die frühere Rechtsprechung generell aufgegeben und für den räumlichen Schutzumfang den Grundsatz der Nationalität der Marke aufgestellt. Das aufgrund Eintragung entstehende Warenzeichenrecht verleiht dem Inhaber Schutz für das Hoheitsgebiet des eintragenden Staates. Der Bundesgerichtshof hat die Auffassung des Reichsgerichts seiner Rechtsprechung zugrunde gelegt[3]. In der Fntscheidung vom 22. 1. 64 Maja[4] spricht der BGH von einem anerkannten Grundsatz. Diese Auffassung ist auch in der Literatur unbestritten[5]. Die Richtigkeit der Auffassung von der Territorialität der Marke bestätigen auch die Bestimmungen der PVÜ und des MMA. Die PVÜ stellt den Ausländer nur bei Erfüllung der inländischen Schutzvoraussetzungen bezüglich des Rechtsschutzes dem Inländer gleich (Art. 2 PVÜ). Art. 4 PVÜ gewährt dem Ausländer nur eine befristete Priorität für den Erwerb eines Zeichenrechts in anderen Verbandsstaaten, nicht aber wird etwa das inländische Zeichenrecht durch Hinterlegung in Verbandsländern territorial ausgedehnt. Art. 6 qinqies PVÜ spricht besonders die Maßgeblichkeit der Heimateintragung für den Erwerb der Auslandsmarke aus. Lediglich die in Art. 6 bis PVÜ geregelten Wirkungen der sogenannten notorischen Marke auf andere Verbandsstaaten ließe sich als beschränkte Fixierung des Gedankens eines universalen Wirkungsbereiches deuten. Aber auch diese Einwirkung der nationalen notorischen Marke auf die Rechtsordnung von Verbandsstaaten ist nicht Folge ihres Rechtscharakters, sondern positiver zwischenstaatlicher Vereinbarungen, und gilt deshalb auch nicht im Verhältnis zu Staaten außerhalb der PVÜ. Die internationale Registrierung von Marken nach dem MMA vom 14. 4. 1891 in der Fassung von Nizza vom 15. 6. 1957 läßt ebenfalls kein einheitliches Warenzeichenrecht mit universalem Schutzbereich entstehen, sondern ein Bündel nationaler Marken, die zwar einheitlich registriert, aber durchaus getrennte Schicksale erleiden können (etwa im Rahmen des Art. 5 MMA).

---

1) RGZ 45/145 v. 7. 11. 1899; RGZ 54/414 v. 12. 5. 1903
2) RGZ 118/76, 81
3) Entscheidung v. 24. 7. 57 Zeiß, BGH GRUR 58/189
4) BGHZ 41/84
5) Baumbach/Hefermehl, WZG 1969, 10. Aufl., Einl. Rdz. 37

Die danach erforderliche Bestimmung des Hoheitsgebietes des Erteilungsstaates bietet im Regelfall keine Schwierigkeiten. Die schwierigen Fragen, die im besonderen Fall durch die Veränderung des Hoheitsgebietes des deutschen Staates im Anschluß an den zweiten Weltkrieg aufgeworfen worden sind, können hier nur angedeutet, nicht erörtert werden. Einmal hat die Behandlung der vom Reichspatentamt eingetragenen alten Warenzeichen Rechtsprechung und Lehre vor schwierige Probleme gestellt, insbesondere insoweit, als die dazugehörigen Unternehmen außerhalb des Gebietes der heutigen Bundesrepublik Deutschland belegen und dort entschädigungslos enteignet worden waren und den Betrieb später in der Bundesrepublik wieder aufgebaut haben[1]. Aber auch für die vom Bundespatentamt neu eingetragenen Warenzeichen stellt sich die nicht einfache Frage nach dem Hoheitsgebiet der Bundesrepublik Deutschland. Obwohl Art. 23 des Grundgesetzes keine ausdrückliche Festlegung des Hoheitsgebietes kennt, nimmt die herrschende Lehre doch an, daß das Bundesgebiet mit dem dort festgelegten Geltungsbereich des Grundgesetzes grundsätzlich zusammenfällt[2]. Trotz der in Art. 23 GG ausgesprochenen Einbeziehung Großberlins in den Geltungsbereich des Grundgesetzes und damit des Hoheitsgebietes der Bundesrepublik Deutschland wird man unabhängig von der staatsrechtlichen Frage der Stellung Berlins zum Bund nach der faktischen Abtrennung Ostberlins einerseits und der faktischen Übernahme der Rechts- und Wirtschaftsordnung der Bundesrepublik in Westberlin andererseits, davon ausgehen können, daß sich der Schutzumfang der Warenzeichen der Bundesrepublik Deutschland auf Westberlin erstreckt[3]. Von der Frage des örtlichen Schutzumfanges ist zu unterscheiden, welche Handlungen nach ihren örtlichen Begehungen als inländische Verletzungshandlungen des Warenzeichens in Betracht kommen. Hier legt die Rechtsprechung mit Recht einen großzügigen Maßstab an und läßt es genügen, daß ein mehraktiger Handlungsvorgang lediglich teilweise im Inland verwirklicht wird[4].

---

1) vgl. Ulmer, Warenzeichen und Firma zwischen Ost und West in GRUR 49/63 f und Süddeutsche Juristenzeitung 48/24
2) Maunz Dürig, Kommentar zum GG, Stand 9. Lieferung September 1968, Art. 23 Anm. 8 u. 31; von Mangoldt Klein, Kommentar zum GG 1957, 2. Aufl., Band 1, Art. 23 Anm. III, 1
3) so etwa die Entscheidung vom 24. 7. 57 BGH GRUR 58/189 Zeiß
4) z. B. Reimer, Warenzeichenrecht 1954, 3. Aufl., 13. Kap., Rdz. 2

Der örtliche Schutzumfang des Ausstattungsrechts

Die obere Grenze des örtlichen Schutzumfangs des Ausstattungsrechtes bildet das Hoheitsgebiet des Staates, in dem die Ausstattung die Schutzvoraussetzung erfüllt hat. Der Schutz der Ausstattung beschränkt sich auf den Geltungsbereich des Grundgesetzes, der zugleich das Hoheitsgebiet der Bundesrepublik Deutschland darstellt. Auch für das Ausstattungsrecht gilt das Territorialitätsprinzip[1]. Die früher vertretene Auffassung, die Verletzung einer Ausstattung nach § 15 WZG in der Fassung des Warenzeichengesetzes vom 7. 12. 1923 sei nach dem Weltrechtsgrundsatz auch außerhalb Deutschlands verfolgbar, beruht auf der damaligen wettbewerbsrechtlichen Auffassung des Ausstattungsschutzes und ist heute überholt[2]. Das Ausstattungsrecht beruht als materielles Recht auf der Erringung von Verkehrsgeltung. Über das örtliche Mindestmaß der Verkehrsgeltung sagt § 25 WZG ausdrücklich nichts aus. Die Untergrenze der Verkehrsgeltung für die Anerkennung als Ausstattung wird durch die Forderung eines einheitlichen Wirtschaftsgebietes gezogen. Was als einheitliches Wirtschaftsgebiet anzuerkennen ist, hängt von der Verkehrsauffassung ab. Ein beschränktes Wirtschaftsgebiet kann sich aus den Verhältnissen der Produktion und des Absatzes ergeben. So wird das danach erforderliche Wirtschaftsgebiet für die Erzeugung von Brot, Bier und dergleichen kleiner anzusetzen sein, als etwa für die Erzeugung von Stahl. Tendenziell läßt sich in der Rechtsprechung eine allmähliche Anhebung der Anforderungen an das Mindestmaß örtlicher Ausdehnung der Verkehrsgeltung konstatieren. Nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts genügte ursprünglich schon die Verkehrsgeltung in einem Teil eines Stadtbezirkes, später innerhalb einer Stadt und der näheren Umgebung[3]. Der Bundesgerichtshof fordert in der Entscheidung KfA mindestens das Gebiet einer Großstadt und in der Nährbier-Entscheidung das Gebiet eines Regierungsbezirkes[4]. Auch die Literatur stellt

---

1) Baumbach/Hefermehl, WZG 1969, 10. Aufl., § 25 Rdz. 77; Reimer/Heydt, WZG 1966, 4. Aufl., Kap. 41 Rdz. 2; RG GRUR 40/564 Murad's Lodex; RG GRUR 39/490, 492 Daimon; BGH GRUR 55/411, 413 Zahl 55; BGH GRUR 62/243, 244 Kindersaugflasche

2) siehe Seligsohn Martin, Die örtlichen Grenzen des Zeichenrechts in Abhandlungen zum Arbeitsgebiet des Reichspatentamts Berlin 1927, S. 206

3) RG MUW 14/225 und RG MUW 30/166

4) BGHZ 11/214, 219, 220 KfA, BGHZ 30/357, 366, 367 Nährbier

heute regelmäßig als Mindestumfang der Verkehrsgeltung auf das Gebiet einer Großstadt ab[1]. Die Ausstattung muß sich aber nicht in dem ganzen einheitlichen Wirtschaftsgebiet, sondern nur in einem nicht unerheblichen Teil desselben durchgesetzt haben, um sich auf das ganze abgrenzbare Wirtschaftsgebiet zu erstrecken[2]. Die noch weitergehende Auffassung des Bundesgerichtshofs, daß sich der Schutz der Ausstattung über das Gebiet räumlich begrenzter Verkehrsgeltung hinaus erstreckt, wenn Anhaltspunkte vorliegen, daß eine Erweiterung des geschäftlichen Betätigungsgebietes des Ausstattungsberechtigten zu erwarten sei, ist in dieser Allgemeinheit abzulehnen, sofern damit der Schutzumfang nicht nur auf das festgestellte einheitliche Wirtschaftsgebiet bezogen werden soll, sondern darüber hinaus ein echtes Ausdehnungsrecht über den Begriff des einheitlichen Wirtschaftsgebietes hinaus anerkannt wird[3]. Das Entwicklungsbedürfnis des Ausstattungsinhabers kann zwar bei der Feststellung des Schutzumfangs berücksichtigt werden, da die Verkehrsgeltung nur in einem örtlich nicht unerheblichen Teil des Wirtschaftsgebietes erreicht sein muß, um im gesamten Bereich der Geschäftstätigkeit ein Ausstattungsrecht zu begründen. Die darüber hinausgehende Berücksichtigung der bloßen Erwartung späterer Erweiterung der Geschäftstätigkeit führt dagegen im Ergebnis zur Anerkennung eines Ausstattungsanwartschaftsrechtes, das der Bundesgerichtshof sonst ablehnt. Auch die Anwendung des Prioritätsgrundsatzes für die Kollision verschiedener Kennzeichenrechte erfordert im Interesse der Rechtssicherheit eine für den Geschäftsverkehr einigermaßen sicher voraussehbare Festlegung des Schutzumfangs. Diese ist nicht mehr gegeben, wenn der für die Entscheidung der Kollision relevante örtliche Schutzumfang von den für den Konkurrenten oft nicht ersichtlichen Anzeichen für eine Erweiterung des geschäftlichen Betätigungsbereiches abhängig gemacht wird.

Die Verwechslungsgefahr bei Warenzeichen und Ausstattung

Nach § 31 WZG wird die Anwendung der Bestimmungen dieses Gesetzes weder durch die Verschiedenheit der Zeichenform noch durch sonstige Ab-

---

1) Baumbach Hefermehl, WZG 1969, 10. Aufl., § 25 Rdz. 78; Reimer Heydt, WZG 1966, 4. Aufl., 38. Kap., Rdz. 2, 41. Kap., Rdz. 1; von Gamm, WZG § 25 Rdz. 21

2) RG GRUR 42/217, 219 Goldbronzierte Likörflasche

3) BGH GRUR 56/558 Regensburger Karmelitengeist

weichungen ausgeschlossen, sofern trotz dieser Abweichungen die Gefahr einer Verwechslung im Verkehr vorliegt.

Diese Formulierung des Begriffs der Verwechslungsgefahr in § 31 WZG läßt nicht eindeutig erkennen, worin der Gegenstand der Verwechslung überhaupt liegen soll. Aus der Entstehungsgeschichte, insbesondere dem bei Schaffung des Warenzeichengesetzes herrschenden engen Begriff der Verwechslungsgefahr in der Rechtsprechung, ließe sich die Auffassung vertreten, der Gesetzgeber habe bei der Neuformulierung des Warenzeichengesetzes an den überlieferten Rechtszustand anknüpfen wollen. Vor der Schaffung des Warenzeichengesetzes von 1894 sahen Rechtsprechung und Lehre die Verwechslung der Zeichen selbst und zusätzlich auch der unter den Zeichen vertriebenen Waren als Gegenstand der Verwechslung im Begriff der Verwechslungsgefahr an. Im heutigen Gesetz findet diese enge Auffassung des Begriffs der Verwechslungsgefahr noch eine gewisse Stütze im Wortlaut der §§ 5 Abs. 4, 6 Abs. 1, Abs. 2 WZG. Diese Bestimmungen stellen auf die "Übereinstimmung der Zeichen" selbst ab und verweisen dabei auf § 31 WZG. Eine Wortauslegung könnte daraus folgern, daß das Gesetz von der Synonymität der Begriffe Übereinstimmung der Zeichen sowie Verwechslungsgefahr ausgeht. Diese Auffassung über den Gegenstand der Verwechslungsgefahr wurde noch in der Entscheidung des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 14. 5. 1912 vertreten[1].

Durch diese Einschränkung der Verwechslungsgefahr bezüglich des Gegenstands der Verwechslung würde jedoch die in § 1 WZG niedergelegte Schutzfunktion des Warenzeichens, die Herkunft der Waren aus einem bestimmten Betrieb zu kennzeichnen, nur in dem engen Bereich gewährleistet, in dem aufgrund von Zeichenverwechslung als notwendige Folge auch eine Betriebsverwechslung eintritt. Der weitere Bereich der Herkunftstäuschung nicht aufgrund direkter Zeichenverwechslung selbst, sondern aufgrund Ähnlichkeit der Zeichen und dadurch verursachte Betriebsverwechslung bliebe unberücksichtigt. Rechtsprechung und Lehre haben daher mit Recht aus der Bedeutung der Herkunftsfunktion für das Warenzeichen (ebenso für das Ausstattungsrecht) die Folgerung gezogen, daß Gegenstand der Verwechslungsgefahr in § 31 WZG nicht nur die Verwechslung der Zei -

---

1) MUW 12/259 Palmona

chen selbst, sondern auch die Verwechslung der Betriebe ist[1]. Der Bundesgerichtshof faßt sowohl die Zeichenverwechslung als auch die Betriebsverwechslung unter dem Begriff der Verwechslungsgefahr im engeren Sinne zusammen. Die Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofs hat den Begriff der Verwechslungsgefahr hinsichtlich des Gegenstands der Verwechslung noch weiter dadurch ausgedehnt, daß nicht mehr nur die Betriebsverwechslung, sondern auch die bloße Annahme wirtschaftlicher Zusammenhänge der vom Verkehr richtig unterschiedenen Betriebe in den Begriff einbezogen wird[2]. Der BGH faßt die letzteren Fälle der Annahme wirtschaftlicher Zusammenhänge unter dem Begriff der sogenannten mittelbaren Verwechslungsgefahr oder der Verwechslungsgefahr im weiteren Sinne zusammen.

Die mittelbare oder Verwechslungsgefahr im weiteren Sinne

Die Einbeziehung der mittelbaren Verwechslungsgefahr in den zeichenrechtlichen Begriff der Verwechslungsgefahr gemäß § 31 WZG bedarf der Rechtfertigung. Die Rechtsprechung formuliert gewöhnlich dahin, daß Verwechslungsgefahr auch dann gegeben sei, wenn der Verkehr aufgrund der Ähnlichkeit der Zeichen zu der Annahme gelangen könne, zwischen den von ihm unterschiedenen Unternehmen bestünden wirtschaftliche oder organisatorische Beziehungen. Die Prüfung der mittelbaren Verwechslungsgefahr erschöpft sich in der Rechtsprechung des BGH zumeist in dem formularmäßigen Hinweis, wenn schon nicht Verwechslungsgefahr im unmittelbaren Sinne gegeben sei, so doch zumindest in dem Sinne, daß der Verkehr geneigt sein werde, geschäftliche Beziehungen zwischen beiden Unternehmungen anzunehmen[3]. In der Entscheidung Karo As[4] läßt der BGH die Entscheidung über das Vorliegen unmittelbarer Verwechslungsgefahr sogar da-

---

1) RG GRUR 1937/461 Osram Difram; Baumbach/Hefermehl, WZG 1969, 10. Aufl., § 31 Anm. 12; Reimer/Trüstedt, WZG 1966, 4. Aufl., 15. Kap., Anm. 9 S. 392
2) RGZ 163/233, 242 - Hydraulik; BGH GRUR 54/70 - Rohrbogen; GRUR 54/123 - Auto Fox; GRUR 57/281, 283 - Karo As
3) z. B. BGH GRUR 52/35 - Widia Ardia; GRUR 54/70 - Rohrbogen; GRUR 54/123 - Auto Fox
4) BGH GRUR 57/281, 283

hingestellt, mit der Begründung, daß jedenfalls Verwechslungsgefahr im weiteren Sinne gegeben sei. Diesen Formulierungen liegt offenbar die Vorstellung zugrunde, daß das Verhältnis unmittelbarer zu mittelbarer Verwechslungsgefahr einem Verhältnis von Spezialfall zu allgemeiner Norm entspreche. Die mittelbare Verwechslungsgefahr wäre demnach gegenüber der unmittelbaren Verwechslungsgefahr der allgemeinere und weitergehende Begriff. Diese Auffassung ist jedoch höchst anfechtbar. Zunächst entspricht es nicht der Lebenserfahrung, daß der Verkehr, der zugegebenermaßen weder die Zeichen noch die Betriebe verwechselt, dann jedenfalls wirtschaftliche oder organisatorische Zusammenhänge annimmt. Wäre dies aber doch der Fall, dann müßte bei der Prüfung der Verwechslungsgefahr in jedem Kollisionsfall nach der Prüfung der unmittelbaren noch auf die mittelbare Verwechslungsgefahr eingegangen werden. In der Rechtsprechung sowohl des Reichsgerichts als auch des BGH sind aber die Fälle, in denen überhaupt, geschweige denn tragend auf das Vorliegen mittelbarer Verwechslungsgefahr abgestellt wird, sehr selten[1]. Der Gesetzgeber hat außerdem durch die Definition des Warenzeichens in § 1 WZG zu erkennen gegeben, daß er den Schutz des Warenzeichens nach seinem sachlichen Umfang auf die Verletzung der Herkunftsfunktion beschränken wollte. Es widerspricht dem Wesen des zeichenrechtlichen Kennzeichenschutzes, die sachliche Schranke der Herkunftsfunktion ohne Begründung im Einzelfalle zu übergehen. Auch wenn in der Rechtsprechung zur mittelbaren Verwechslungsgefahr der richtige Kern steckt, daß ein Kennzeichen nicht allein durch Angriffe auf seine Herkunftsfunktion beeinträchtigt werden kann, bedarf doch der Schutz gegen Beeinträchtigungen außerhalb der unmittelbaren Verwechslungsgefahr der Rechtfertigung als Ausnahme von der Regel. Unter diesem Aspekt muß die Methode der Rechtsprechung Kritik finden, einerseits den Begriff der mittelbaren Verwechslungsgefahr generalklauselartig weit zu fassen, und ihn außerdem ohne besondere Prüfung einfach mit dem Hinweis auf das angebliche Verhältnis von Spezialfall und Auffangtatbestand anzuwenden. Die Prüfung müßte zunächst der Auffindung von Verletzungshandlungen dienen, die außerhalb der unmittelbaren Verwechslungsgefahr und der Herkunftsfunktion des Warenzeichens eine Beeinträchtigung hervorzurufen geeignet sind und außerdem die Gleichstellung dieser Beeinträchtigungen mit dem Hervorrufen der unmittelbaren

---

1) z. B. RGZ 163/233, 242 - Hydraulik

Verwechslungsgefahr begründen. Nur dann lassen sich die auf die Annahme mittelbarer Verwechslungsgefahr gestützten Entscheidungen überhaupt nachprüfen[1]. Erst die Bildung von Tatbestandsgruppen unter typisierender Hervorhebung gemeinsamer Merkmale kann dann die Bildung des Begriffs der mittelbaren Verwechslungsgefahr als Oberbegriff rechtfertigen. Aus der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofs zur mittelbaren Verwechslungsgefahr lassen sich durchaus einheitliche Fallgestaltungen aussondern. Zunächst ist den meisten zur mittelbaren Verwechslungsgefahr ergangenen Entscheidungen gemeinsam, daß es sich bei den Klage- bzw. Widerspruchszeichen um Zeichen geringer Originalität gehandelt hat. Zumeist waren die Zeichen an Bestimmungs- oder Beschaffenheitsangaben, häufig technischer Herkunft, mehr oder minder stark angelehnt[2]. Diesen angelehnten Zeichen ist folgendes gemeinsam: Einerseits genügen schon geringe Abweichungen, um die unmittelbare Verwechslungsgefahr auszuschließen, andererseits bleiben dennoch Fälle, in denen auch ohne Verwechslung der Zeichen selbst oder der Betriebe das angelehnte Zeichen beeinträchtigt wird. Das gilt besonders, wenn gerade die Angabe des Allgemeingebrauchs den Hauptbestandteil des Zeichens bildet.

Die Beeinträchtigung ohne Hervorrufen von unmittelbarer Verwechslungsgefahr kann ihrerseits auf verschiedenen Umständen beruhen. Zunächst lassen sich die Fälle der Übernahme technischer Begriffe in Gegenzeichen aussondern. Der Verkehr wird durch die Verwendung einer ihm schon in Kennzeichen eines bestehenden Unternehmens bekannten technischen Angabe in neu auftauchenden Zeichen zu der Annahme verleitet, es handle sich um Lizenznehmer des Unternehmens. Man könnte diese Art von mittelbarer Verwechslungsgefahr als Gefahr der Annahme von Patent- oder Lizenzzusammenhängen nennen. Bezeichnend für Fälle dieser Art ist, daß der Verkehr nicht zu einer Betriebsverwechslung gelangen wird, weil die Aufnahme der technischen Angabe in das Zeichen vom Verkehr als beschreibend aufgefaßt wird. Zu dieser Tatbestandsgruppe lassen sich etwa die Entscheidun-

---

1) siehe auch Reimer/Trüstedt, WZG 1966, 4. Aufl., 15. Kap., Anm. 44 S. 456

2) RG GRUR 37/143 - Lignose; GRUR 44/436 - Fettchemie; RGZ 163, 233 - Hydraulik; BGH GRUR 54/70 - Rohrbogen; GRUR 55 95 - Buchgemeinschaft; BGHZ 39/266 - Sunsweet

gen Lignose[1], Fettchemie[2], Hydraulik[3], Rohrbogen[4] rechnen. Daneben kann die Verwendung einer Angabe des Allgemeingebrauchs insbesondere einer technischen Angabe aus einem älteren Zeichen in einem neuen Zeichen deshalb nicht zu unmittelbarer Verwechslungsgefahr führen, weil das übernehmende Zeichen mit einem starken, schon bekannten Bestandteil verknüpft wird[5]. Die Einbeziehung der Annahme wirtschaftlicher Zusammenhänge in dem Begriff der Verwechslungsgefahr ist hier deshalb gerechtfertigt, weil ein noch unbekanntes Zeichen, das mit dem techni - schen Bestandteil gebildet würde, schon unmittelbare Verwechslungsgefahr hervorrufen würde.

Die Feststellung der mittelbaren Verwechslungsgefahr erfordert aber in jedem Falle die Feststellung, daß im Verkehr tatsächlich wirtschaftliche Zusammenhänge zwischen den Benutzern gesehen werden. Soweit darüber hinaus eine Beeinträchtigung durch die Übernahme von Bestandteilen in Gegenzeichen zu einer Beeinträchtigung führen kann, kann der Rechtsschutz nicht unter dem Gesichtspunkt der mittelbaren Verwechslungsgefahr gewährt werden. Dies gilt insbesondere für die Übernahme von Bestandteilen, die nicht Beschaffenheits- oder Bestimmungsangaben oder technische Begriffe sind. Entfällt bei der Übernahme eines fremden Zeichenbestandteils in ein Gegenzeichen die unmittelbare oder mittelbare Verwechslungsgefahr nur deshalb, weil der übernommene Bestandteil wegen der Stärke des Gegenzeichens des Übernehmenden im Gesamteindruck zurücktritt, ist lediglich ein ergänzender wettbewerbsrechtlicher Kennzeichenschutz zu gewähren. Beispiele für diese Fallgestaltung in der jüngeren Rechtsprechung finden sich z. B. in den Entscheidungen roter Punkt[6], Konservenzeichen[7], Maggi sowie Blunazit. In allen Fällen handelte es sich dabei um die Übernahme von ursprünglich schwachen Bestandteilen, die im Gesamteindruck des Gegenzeichens keine Verwechslungsgefahr zu begründen geeig-

---

1) RG GRUR 37/143
2) RG GRUR 44/436
3) RGZ 163/233
4) BGH GRUR 54/70
5) z. B. RGZ 163/233, 242 - Hydraulik
6) BGH GRUR 65/601
7) BGH GRUR 66/30

net waren. Der Unterschied gegenüber den für die mittelbare Verwechslungsgefahr typischen Fallgestaltungen liegt darin, daß für die mittelbare Verwechslungsgefahr nur Beschaffenheits- oder Bestimmungsangaben bzw. technische Begriffe in Betracht kommen, die neben ihrer kennzeichnenden Wirkung noch einen ursprünglichen sprachlichen Bedeutungsgehalt haben, der geeignet ist, die weitergehende Vorstellung wirtschaftlicher oder organisatorischer Beziehungen überhaupt zu vermitteln.

Der Versuch aus der Rechtsprechung, die Voraussetzungen für die Annahme mittelbarer Verwechslungsgefahr einzuschränken, ergibt folgendes; Gegenüber der Prüfung der unmittelbaren Verwechslungsgefahr verlangt die Rechtsprechung bei der Prüfung der mittelbaren regelmäßig eine besondere Nähe der unter den Zeichen vertriebenen Produkte, häufig handelte es sich um Gleichheit der beiderseits vertriebenen Waren. Das gilt sogar für die Kollision von Firmenzeichen, bei denen die Rechtsprechung an sich nicht einmal an die Schranke der Warengleichartigkeit gebunden war[1]. Die Annahme mittelbarer Verwechslungsgefahr kommt darüber hinaus nur dann in Betracht, wenn wenigstens die Angabe des Allgemeingebrauchs unverändert oder wenig verändert in das Gegenzeichen aufgenommen wurde. Das Erfordernis der Übereinstimmung, Ähnlichkeit wird bezüglich des Bestandteils streng gehandhabt, da sich die Übereinstimmung im Gesamteindruck nur auf den Bestandteil selbst beschränkt. Für verfehlt halte ich deshalb in diesem Zusammenhang die Entscheidungen Widia Ardia[2] und Karo As[3]. Bei beiden besteht die Übereinstimmung nicht bezüglich eines Bestandteils, sondern nach dem Gesamteindruck, so daß die Entscheidungen auf die Annahme unmittelbarer Verwechslungsgefahr allein hätten gestützt werden müssen. Liegen die genannten Voraussetzungen vor, dann ist ein erweiterter Schutz gegen mittelbare Verwechslungsgefahr gegeben, wenn einerseits das Klagezeichen wegen seiner Anlehnung an Bestimmungs- oder Beschaffenheitsangaben, technische Begriffe nur geringen Schutz genießt, andererseits der Verkehr aus der Übernahme gerade der Angabe als

---

1) RG GRUR 44/436 - Fettchemie; RGZ 163/233, 242 - Hydraulik; BGHZ 2/394 - Widia Ardia; GRUR 55/95 - Buchgemeinschaft; GRUR 54/70 - Rohrbogen; GRUR 57/281, 282 - Karo As; GRUR 63, 423, 428 - coffeinfrei

2) BGHZ 2/394

3) BGH GRUR 57/281, 283

Bestandteil in ein Gegenzeichen zwar keiner unmittelbaren Verwechslungsgefahr, wohl aber der Gefahr unterliegt, wirtschaftliche oder organisatorische, besonders Patent- oder Lizenzzusammenhänge, anzunehmen. Nimmt der Verkehr aber überhaupt keine Zusammenhänge an, etwa weil der Zeichenverletzer seinerseits ein schon bekanntes Zeichen hat und die Übernahme der Angabe im Gesamteindruck des Zeichens des Verletzers zurücktritt, kommt allenfalls ein ergänzender wettbewerblicher Schutz gemäß § 1 UWG in Betracht[1].

Es übersteigt den Rahmen der Arbeit, die zahlreichen mit der Bestimmung der Verwechslungsgefahr zusammenhängenden Fragen zu erörtern, ich beschränke mich daher auf ein Problem, das für die weitere Erörterung von Bedeutung erscheint.

Die Abstandslehre

Nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts[2] und des BGH[3] wird die Kennzeichnungskraft eines Warenzeichens dadurch geschwächt, daß entweder das Warenzeichen von vornherein nur einen geringen Abstand von anderen Zeichen einhält, oder aber der Warenzeicheninhaber später das Aufkommen von Zeichen duldet, die sich nur wenig von seinem eingetragenen Zeichen unterscheiden. Die Lehre, daß die Kennzeichnungskraft durch das Nebeneinanderbestehen ähnlicher Zeichen geschwächt werde, rechtfertigt die Rechtsprechung mit der weiteren Überlegung, daß der Verkehr durch das Vorhandensein ähnlicher Zeichen auf einem Warengebiet veranlaßt werde, auf geringere Unterschiede zu achten und deshalb schon geringere Unterschiede die Verwechslungsgefahr auszuschließen vermögen (sog. Differenzierungstheorie). Die Abstandslehre ist im Anschluß an das Gumax-Urteil des BGH vielfach als objektive Beschränkung des Schutzbereichs des Warenzeichens, unabhängig von der konkreten Feststellung der Verkehrsauffassung, aufgefaßt worden. Diese Auslegung wurde jedoch von der Recht-

---

1) BGH GRUR 55/95 - Buchgemeinschaft; GRUR 63/423, 428 - coffeinfrei; BGH - Blunazit GRUR 68/581
2) grundlegend RG MUW 1926/337 - Nadelkissen
3) zuerst BGH GRUR 52/419, 420 - Gumax Gumasol

sprechung ausdrücklich abgelehnt[1]. Die Auffassung der Abstandslehre als objektive Beschränkung des Schutzumfangs des Warenzeichens widerspräche auch wichtigen Grundsätzen des Kennzeichenrechts. Zunächst läge in einer mathematischen Handhabung der Abstandslehre eine bedenkliche Abweichung von dem Grundsatz der Zweiseitigkeit der kollisionsrechtlichen Beziehungen. Bedenklicher wäre es aber, daß durch eine gleichsam mathematisch aufgefaßte Abstandslehre (Zirkeltheorie) die Verwechslungsgefahr im Warenzeichenrecht vom Grundsatz der Verkehrsauffassung abweichen müßte. Damit würde die Einheit des Begriffs der Verwechslungsgefahr im gesamten Kennzeichenrecht aufgegeben.

Aber auch die neuere klarstellende Rechtsprechung des BGH, es handle sich beim Schwächungseinwand nur um eine durch die Erfahrung nahegelegte Möglichkeit, der im Einzelfall je nach den Umständen größere oder geringere Bedeutung zukommen könne[2], vermag nicht alle Einwände gegen die Abstandslehre auszuräumen. Die Einwände gegen die Abstandslehre resultieren hauptsächlich aus der Frage des Umfangs der für den Schwächungseinwand erheblichen Vergleichszeichen. Nach der mehrfach bestätigten Auffassung des BGH werden bei der Prüfung des Schwächungseinwandes nicht nur Vergleichszeichen im Bereich der Warengleichartigkeit des Klagezeichens, sondern darüber hinaus auch Vergleichszeichen auf sogenannten "benachbarten Warengebieten" herangezogen[3]. Über das Bedenken, dem Zeicheninhaber eine Schwächung des Warenzeichens durch Vergleichszeichen auch außerhalb des Bereichs der Warengleichartigkeit anzulasten, obwohl er letztere wegen der Beschränkung des Schutzumfangs auf dem Bereich der Warengleichartigkeit nicht bekämpfen und deren Aufkommen nicht verhindern kann, ließe sich noch hinwegsehen[4]. Der Zeicheninhaber muß auch sonst Beeinträchtigungen seines Zeichenrechts ohne Rücksicht auf seine Verursachung hinnehmen, wenn etwa die Verkehrsauffassung sich ändert, z. B. ein Zeichen täuschenden Inhalt erhält oder nachträglich sich zur allgemeinen Angabe entwickelt.

---

1) deutlich BGH GRUR 66/259, 261 - Napoleon
2) so BGH GRUR 66/259, 261-Napoleon
3) zuletzt BGH GRUR 66/259, 261 - Napoleon
4) Leo in GRUR 63/609 will deshalb die Abstandslehre auf den Bereich der Warengleichartigkeit beschränken.

Die Meinung der Rechtsprechung, der Gebrauch ähnlicher Zeichen auf benachbarten Warengebieten außerhalb der Warengleichartigkeit vermöchte die Kennzeichnungskraft eines Warenzeichens zu beeinträchtigen, steht jedoch in einem seltsamen Gegensatz zur eigenen Definition der Warengleichartigkeit in der Rechtsprechung des BGH. Warengleichartigkeit ist nach Auffassung der Rechtsprechung dann gegeben, wenn die unter den Zeichen vertriebenen Waren nach ihrer wirtschaftlichen Bedeutung und Verwendungsweise, insbesondere hinsichtlich ihrer regelmäßigen Fabrikations- oder Verkaufsstätten, so enge Berührungspunkte haben, daß nach der Vorstellung der beteiligten Verkehrskreise der Schluß naheliegt, die Waren entstammten dem gleichen Geschäftsbetrieb[1]. Dabei ist bei der Prüfung der Warengleichartigkeit der Gebrauch identischer Zeichen zu unterstellen[2]. Wird nun der Schwächungseinwand als ein durch die Vorstellung der Verkehrskreise herbeigeführter Gewöhnungsprozeß verstanden, dann ist nicht einzusehen, aufgrund welcher Vorstellungen die Verkehrskreise außerhalb der Warengleichartigkeit zu einer differenzierenden Betrachtung gelangen sollen, zumal wenn die Identität der Vergleichszeichen unterstellt wird. Es ist kaum vorstellbar, daß einerseits ähnliche Zeichen auf benachbarten Gebieten außerhalb der Warengleichartigkeit den Verkehr zu einer differenzierenden Betrachtung veranlassen sollen, wenn nach der Definition der Warengleichartigkeit in der Rechtsprechung andererseits an der Grenze der Warengleichartigkeit selbst bei identischen Zeichen kein Schluß auf gleiche Herkunft mehr möglich sein soll. Es ist auch ein innerer Widerspruch, daß die Rechtsprechung zwar für die Schwächung der Kennzeichnungskraft über den Bereich der Warengleichartigkeit hinausgeht, indem sie auch Vergleichszeichen auf "benachbarten Gebieten" berücksichtigt, bei der umgekehrten Frage der Stärkung der Kennzeichnungskraft jedoch die Grenze der Warengleichartigkeit strikt einhält. In der Einführung des übrigens völlig unklaren Begriffs der benachbarten Warengebiete liegt meines Erachtens nichts als ein verstecktes Eingeständnis der Unpraktikabilität des objektiv aufgefaßten Warengleichartigkeitsbegriffs. Die angeführten Bedenken richten sich deshalb im Ergebnis nicht so sehr gegen die Abstandslehre als vielmehr gegen die Richtigkeit der heutigen Auslegung des Begriffs der Warengleichartigkeit. Der Auffassung

---

1) ständige Rechtsprechung z. B. BGHZ 19/23, 25 - Magirus
2) BGH GRUR 55/487, 489 - Alpha; BGH GRUR 63/572 - Certo

von Leo[1], der Schwächungseinwand könne nur insoweit Berücksichtigung finden, als der Zeicheninhaber überhaupt das Aufkommen ähnlicher Zeichen zu verhindern in der Lage sei, ist an sich zuzustimmen, da sie allein der Gerechtigkeit entspricht. Im Zusammenhang mit einem zugleich objektiv absolut aufgefaßten Warengleichartigkeitsbegriff müßte jedoch dann zunächst für die Prüfung des Schwächungseinwands und sodann für die Ermittlung der Verwechslungsgefahr von der Verkehrsauffassung abgegangen werden. Für die Prüfung des Schwächungseinwandes müßten Zeichen ausscheiden, die nach der Verkehrsauffassung ganz zweifellos schwächend wirken würden, jedoch nicht im Bereich des objektiv absolut aufgefaßten Warengleichartigkeitsbereichs lägen. Auch die noch engere Auffassung von Hefermehl, der Schwächungseinwand greife nur bei Verwendung ähnlicher Zeichen auf dem gleichen oder einem nach der Vorstellung des Verkehrs nicht klar abgegrenzten benachbarten Gebiet, nicht aber für lediglich gleichartige Waren, durch, kann nicht gefolgt werden[2]. Die damit geforderte Reduzierung der Abstandslehre auf einen gegenüber dem Warengleichartigkeitsbereich noch engeren Bereich würde in noch stärkerem Maße ein Absehen von der Verkehrsauffassung bedingen. Es ist vielmehr ganz im Gegenteil der Zusammenhang zwischen der Reichweite des Schwächungseinwandes nach der Abstandslehre und dem Bereich der Warengleichartigkeit dadurch Rechnung zu tragen, daß der Bereich der Warengleichartigkeit im konkreten Falle nicht hinter dem der Verwechslungsgefahr zurückbleibt. Die Ungereimtheiten der heutigen Abstandslehre sind deshalb ein Anlaß für die Überprüfung des Begriffs der Warengleichartigkeit in Rechtsprechung und Lehre.

Der Begriff der Warengleichartigkeit

Am Anfang möge die in den Kommissionsberatungen zum Warenzeichengesetz zum Ausdruck gebrachte Vorstellung der Gesetzesverfasser stehen, wo es zum Begriff der Warengleichartigkeit heißt: "Entscheidend ist, ob im

---

1) GRUR 63/607, 614 - Kritische Gedanken zur Abstandsrechtsprechung des BGH

2) Baumbach/Hefermehl, WZG 1967, 9. Aufl., § 31 Rdz. 122

Verkehr die Möglichkeit einer Täuschung oder Verwechslung besteht, ein fester Warenkatalog ist nicht aufzustellen, sondern der Rechtsprechung das weitere zu überlassen, wobei der Begriff der Gleichartigkeit nicht zu eng aufgefaßt werden darf[1]." In dieser Erläuterung wird nun ganz offensichtlich eine Abhängigkeit des Begriffs der Warengleichartigkeit von dem der Verwechslungsgefahr vorausgesetzt, dergestalt, daß Warengleichartigkeit grundsätzlich dann vorliegen soll, wenn Verwechslungsgefahr besteht. Die Warengleichartigkeit erscheint als ein von der Verwechslungsgefahr abhängiger und ihr gegenüber subsidiärer Begriff. Da der Gesetzgeber die Rechtsfolgen der Gesetzesbestimmungen des Warenzeichengesetzes aber an sich ebensogut allein an das Vorliegen der Verwechslungsgefahr hätte anknüpfen können, fragt sich, welche Bedeutung die Einführung dieses zusätzlichen Merkmals nach der Vorstellung des Gesetzgebers überhaupt haben sollte. Auf den ersten Blick mußte es doch überflüssig erscheinen, war es doch grundsätzlich erfüllt, wenn überhaupt Verwechslungsgefahr gegeben war. Die Erklärung ergibt sich aus der zur Zeit des Erlasses des Warenzeichengesetzes herrschenden restriktiven Auffassung vom Umfang der Verwechslungsgefahr. Zur Erfüllung des Merkmals der Verwechslungsgefahr verlangte die Rechtsprechung ursprünglich Verwechselbarkeit der Zeichen selbst und zusätzlich Verwechselbarkeit der mit dem Zeichen versehenen Waren. Die Auffassung, daß es allein auf die Verwechslung der Herkunftsstätten der Waren ankomme, war erst in der Entwicklung begriffen. Diese Überlegungen drängen zu der Vermutung, der Gesetzgeber habe unter dem Druck der Verkehrsbedürfnisse mit der Einführung des Merkmals der Warengleichartigkeit den Schutzumfang des Warenzeichens erweitern wollen. Das Merkmal der Warengleichartigkeit richtete sich dann besonders gegen das Erfordernis der Warenverwechselbarkeit, das als zu eng empfunden wurde. Das Merkmal der Warengleichartigkeit sollte in den Fällen, in denen schon nach damaliger enger Auffassung Verwechslungsgefahr gegeben war, erfüllt sein, zusätzlich aber den Anspruch auf die Fälle erweitern, in denen Verwechselbarkeit der mit dem Zeichen versehenen Waren selbst fehlte, aber doch eine gewisse Nähe der vertriebenen Waren bestand. Schon aus der historischen Entstehung der Gesetzesbestimmung ist festzustellen, daß das Merkmal der Warengleichartigkeit nicht zur Einschränkung der rechtlich maßgeblichen Verwechslungsgefahr dienen darf, will man sich nicht im Gegensatz zum Willen des historischen Gesetzge-

---

1) BlPMZ 1894/95, S. 41

bers stellen. Außerdem läßt sich leicht einsehen, daß ein zur Ausdehnung des Schutzumfangs des Warenzeichens dienender Begriff der Warengleichartigkeit damals schon im Interesse der Rechtssicherheit objektiv aufzufassen war. Für die heutige Problematik, daß das Erfordernis der Warengleichartigkeit zu einer Einschränkung des Schutzumfangs dient, kann die damalige Auslegung nicht herangezogen werden. Der Gesetzgeber hatte an den umgekehrten Fall, daß Warengleichartigkeit wohl gegeben sei, nicht aber Verwechslungsgefahr bei der damaligen engen Auslegung des Begriffs der Verwechslungsgefahr überhaupt nicht denken können. Dieses Problem konnte erst auftauchen, als der Begriff der Verwechslungsgefahr sich von der Warenverwechselbarkeit löste, zum Erfordernis der Betriebsverwechslung gelangte und außerdem der Verkehrsdurchsetzung Einfluß auf die Verwechslungsgefahr beigelegt wurde.

Das Reichsgericht übernahm zunächst die in den Kommissionsberatungen gegebene Erläuterung für die Inhaltsbestimmung des Begriffs der Warengleichartigkeit[1]: "Besteht die Möglichkeit, daß der Konsument, der das Zeichen an der neuen Ware sieht, dabei an das auf der anderen Ware angebrachte Zeichen denkt und hierdurch zu dem Glauben veranlaßt wird, beide Waren stammten aus demselben Geschäftsbetrieb, so sind die Waren gleichartig". Es ist nicht wahrscheinlich, daß das Reichsgericht sich bei der Übernahme dieser Definition bereits über die Gefahr der Relativierung des Gleichartigkeitsbegriffs im klaren war. Erst die weitere Entwicklung der Lehre von der Verwechslungsgefahr insbesondere die Ausdehnung des Begriffs durch Berücksichtigung der Verkehrsgeltung sowie die Änderung im Gegenstand der Verwechslung drängten die Rechtsprechung zu neuer Überprüfung.

Zunächst entschied sich das Reichsgericht in der Entscheidung Maizena vom 2. 11. 1909[2] für eine von der Verwechslungsgefahr unabhängige Definition der Warengleichartigkeit. Es heißt dort: "Demgemäß kommt die Gefahr der Verwechslung bei der Vergleichung der Zeichen als solcher (der Kennzeichnungen von Waren usw.) in Betracht, nicht aber bei der Frage, ob die Waren, für die die Zeichen bestimmt sind, als gleichar-

---

1) RGSt BlPMZ 1906/208
2) RGZ 72/146, 148

tige, als Waren der angemeldeten Art (4 Abs. 2, 5 Abs. 1, 9 Abs. 1 Ziff. 1, 12 WZG) zu erachten sind". Das Reichsgericht führte dementsprechend zunehmend objektive und selbständige Merkmale in den Begriff der Warengleichartigkeit ein, die nicht zugleich begründende Elemente der Verwechslungsgefahr bildeten. So heißt es in der angeführten Maizena-Entscheidung: "Entscheidend für die Gleichartigkeit von Waren im zeichenrechtlichen Sinne ist vielmehr , ob die Waren vermöge ihrer wirtschaftlichen Bedeutung und Verwendung einander nahestehen, ob zufolge der für sie geführten Zeichen die Möglichkeit einer Verwechslung oder Täuschung besteht . In der Folge wurde diese Rechtsprechung konsequent weiterentwickelt. In der Entscheidung Stollwerck Kronengold vom 14. 10. 27[1] wird auf den Gesichtspunkt der gleichen Vertriebsstätten und der gleichen Abnehmerkreise abgestellt. Diese allzu weite Grenzziehung wird in der Entscheidung Anusol vom 9. 10. 1940[2] dahin eingeschränkt, "daß neben der Gleichheit der Vertriebsstätten und der Abnehmerkreise sich die Waren nach ihrem Ursprung ihrer Verwendungsweise, der regelmäßigen Fabrikationsstätte oder Verkaufsstätte so nahestehen müßten, daß beim Durchschnittskäufer die Meinung entstehen könne, die Waren stammten aus demselben Geschäftsbetrieb". Ähnlich formuliert auch die Salamander-Entscheidung vom 1. 7. 1943[3].

In der Stollwerck Kronengold-Entscheidung[4] wird jedoch neben objektiven Bestimmungsmerkmalen wieder der Einfluß der Verwechslungsgefahr auf die Warengleichartigkeit betont, ebenso in den Entscheidungen Anusol[5] und Fussol[6] in der überdies einem begründenden Element der Verwechslungsgefahr, nämlich der Übereinstimmung der Zeichen Einfluß auf die Warengleichartigkeit eingeräumt wird. Auffallend ist immerhin, daß das Reichsgericht gerade im Falle der bekannten Marke der Firma Stollwerck entgegen der Spruchpraxis des Patentamts die Warengleichartigkeit von Tee und Kakao und Schokolade bejahte, was die Vermutung nahelegt,

---

1) RGZ 118/201, 203
2) RG GRUR 1940/570
3) RGZ 171/147, 151
4) RGZ 118/201, 203
5) RG GRUR 1940/570
6) RG GRUR 43/343

es habe der Verkehrsgeltung Einfluß auf die Warengleichartigkeit einräumen wollen. Spätestens jetzt zeigt sich, daß die Ausdehnung des Begriffs der Verwechslungsgefahr nunmehr die alten Grenzen einer absolut verstandenen Warengleichartigkeit überschritten hat, wodurch eine Rechtsschutzlücke zu entstehen drohte. Als der Begriff der Verwechslungsgefahr sich hinsichtlich des Gegenstands der Verwechslung von der reinen Zeichenverwechslung zur Betriebsverwechslung und schließlich bis zur bloßen Gefahr der Annahme wirtschaftlicher Zusammenhänge erweitert hatte, mußte das Problem auftauchen, ob außerhalb der immer noch objektiv gezogenen Grenze der Warengleichartigkeit bis zu der durch die Rechtsprechung immer mehr hinausgeschobene Grenze der Verwechslungsgefahr ein rechts - schutzloser Raum klaffen sollte oder nicht. Das Reichsgericht entschied sich für das Letztere und mußte deshalb folgerichtig die Ausdehnung im Begriff der Verwechslungsgefahr auf die Auslegung des Begriffs der Warengleichartigkeit durchgreifen lassen. Das Reichsgericht hat seine Auffassung aber nicht in einer grundsätzlichen Abwendung vom objektiven Warengleichartigkeitsbegriff niedergelegt, sondern nur von Fall zu Fall den Rahmen objektiver Betrachtungsweise verlassen, um gleichsam ausnahmsweise Bestimmungsmerkmale der Verwechslungsgefahr (Bekanntheit Ähnlichkeit der Vergleichszeichen) bei der Prüfung der Warengleichartigkeit mit zu berücksichtigen.

Der BGH übernahm zunächst den durch die Berücksichtigung subjektiver Merkmale erweiterten relativen Gleichartigkeitsbegriff des Reichsgerichts. In der Magirus-Entscheidung vom 11. 11. 1955[1] vollzog der BGH eine radikale Kehrtwendung. Nunmehr wurde ausdrücklich betont, daß sowohl das Ausmaß der Verkehrsgeltung als auch der Grad der Verwechslungsfähigkeit der Zeichen bei der Beurteilung der Warengleichartigkeit außer Betracht zu bleiben hätten. Der BGH stellte vielmehr wieder allein darauf ab, "ob die miteinander zu vergleichenden Waren ihrer wirtschaftlichen Bedeutung und Verwendungsweise nach, insbesondere aber auch hinsichtlich ihrer regelmäßigen Fabrikations- oder Verkaufsstätten so enge Berührungspunkte hätten, daß der Schluß naheliegt, die Waren entstammten dem gleichen Geschäftsbetrieb." Maßgeblich erachtet der BGH dafür die Auffassung des Durchschnittskäufers. Diese Auslegung hat der BGH in mehreren Entscheidungen bestä-

---

1) BGHZ 19/23, 25, 26

tigt[1]. In der Certo-Entscheidung[2] zeigt sich besonders das Bemühen der Rechtsprechung, den Bereich der Warengleichartigkeit zwar im Interesse der Rechtssicherheit starr, dafür aber zur Vermeidung eines von der Warengleichartigkeit nicht gedeckten Bereichs der Verwechslungsgefahr zugleich weit auszulegen. Dem letzteren Ziel dient die These des BGH, bei der Prüfung der Warengleichartigkeit sei von identischer Benutzung auszugehen.

Auch die Spruchpraxis des Patentamts zeigt das Schwanken zwischen einem relativen und dem absoluten Gleichartigkeitsbegriff. In erster Linie stellt das Patentamt zwar auf die Verhältnisse von Produktion und Vertrieb ab, also auf objektive Kriterien. Der Nachteil der Grenzziehung mußte sein, daß das Patentamt notwendig auf die gegenwärtigen Verhältnisse abstellen mußte und daher die nach der Fixierung der Spruchpraxis zum System die alsbald einsetzenden Umwälzungen in den Produktionsverhältnissen in Richtung einer zunehmenden Konzentration (horizontal und vertikal) nicht ohne Gefahr für das bereits verfestigte System berücksichtigen konnte. Dieses bezog seine Rechtfertigung allmählich nur mehr aus der durch die Spruchpraxis selbst gestalteten Rechtsordnung, aber nicht mehr aus der Wirklichkeit[3]. Andererseits finden sich aber auch schon früh Hinweise auf die Berücksichtigung der Zeichenähnlichkeit für die Beurteilung der Warengleichartigkeit[4]. Nach dem Kriege hat das Patentamt diese Praxis zuerst in 2 Beschlüssen eingeschränkt[5] und nach der Schwenkung des BGH in der Magirus-Entscheidung ganz aufgegeben[6].

In der Lehre wurde schon während der Aera des Reichsgerichts der relative Warengleichartigkeitsbegriff nur von einer Minderheit befürwortet, nach der Magirus-Entscheidung des BGH setzte sich der objektive Warengleich-

---

1) BGH GRUR 57/287 - Plasticummannchen; GRUR 58/393 - Ankerzeichen; GRUR 59/25 - Triumph; GRUR 61/343 - Meßmer Tee; GRUR 61/231 - Hapol
2) BGH GRUR 63/572, 573
3) Munzinger GRUR 64/186, 187, 188
4) PA in PMZ 1905/129; PA in MUW 33/424; PA JW 35/2856
5) PA GRUR 54/467 - Ahrweine; GRUR 64/468 - Aralfon
6) z. B. PA PMZ 57/121 - Optikus

artigkeitsbegriff derart unumschränkt durch, daß darob fast jede Diskussion verstummte. Der erste Anhänger eines relativen Warengleichartigkeitsbegriffs in der Literatur war Dunkhase[1]. Im Anschluß an die erwähnte reichsgerichtliche Rechtsprechung sind ihm später auch andere Autoren gefolgt[2]. Die weitaus überwiegende Meinung geht jedoch in der neueren Literatur mit der Rechtsprechung in der Forderung nach einem objektiv absoluten Begriff der Warengleichartigkeit konform, meist unter Berufung auf die Notwendigkeit der Rechtssicherheit. Den häufig erwähnten Hinweis auf die Systematik des Warenzeichengesetzes, daß die Verwechslungsgefahr in § 5 WZG bei der Regelung des Widerspruchsverfahrens nicht erwähnt und daher einen Einfluß der Verwechslungsgefahr auf die Warengleichartigkeit habe ablehnen wollen, halten jedoch auch Vertreter der objektiven Theorie nicht für überzeugend[3]. Die Unabhängigkeit der Warengleichartigkeit von der Verwechslungsgefahr haben schon in der älteren Literatur unter anderem vertreten[4]. Nach der Rückkehr des BGH zum objektiv absoluten Warengleichartigkeitsbegriff schlossen sich insbesondere die führenden Kommentare an[5].

---

1) MUW 18/174, 176 - Zeichenübereinstimmung und Warengleichartigkeit
2) Seligsohn, Warenzeichenrecht 1925, 3. Aufl., § 5 Anm. 3 a; Pinzger, Warenzeichenrecht 1937, § 5 Anm. 5 a S. 78; Hagens, Warenzeichenrecht 1927, § 5 Anm. 5; Reimer 1954, 3. Aufl., Kap. 15, Anm. 3; Baumbach/Hefermehl, WZG 7. Aufl., § 5 Anm. 10 und Schramm, GRUR 1950/397, 401, 402
3) Daniels Jürgen, Diss. 1967 - Warenabstand und Verwechslungsgefahr, S. 46
4) Callmann, Der unlautere Wettbewerb 1932, 2. Aufl., § 16 A 71 b; Utescher, GRUR 1930/358, 369;
5) Baumbach/Hefermehl, WZG 1969, 10. Aufl., § 5 Rdz. 49; Reimer/Trüstedt, WZG 1966, 4. Aufl., 14. Kap., Rdz. 5, 7 S. 365 f; von Gamm, WZG 1965, § 5 Anm. 35; Bussmann/Pietzker/Kleine - Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht 1962, 3. Aufl., S. 125; Tetzner, WZG 1958, § 5 Anm. 28; Busse, WZG 1960, 3. Aufl., § 5 Anm. 10; Hartgen, WZG 1968, § 5 Rdz. 52; Hubmann - Gewerblicher Rechtsschutz 1969[2], S. 206; Miosga, GRUR 61/266, 269; Munzinger, GRUR 1964, 186 f; Daniels, Diss. Hamburg 1967 - Warenabstand und Verwechslungsgefahr S. 45

Der in Rechtsprechung und Lehre nunmehr überwiegend vertretene objektiv absolute, insbesondere von der Verwechslungsgefahr unabhängige Begriff der Warengleichartigkeit begegnet tiefgreifenden Bedenken.

Zunächst stützt schon die Entstehungsgeschichte des Warenzeichengesetzes die Meinung nicht, der Gesetzgeber habe mit der Einführung eines objektiv absoluten Begriffs der Warengleichartigkeit den Bereich der rechtlich relevanten Verwechslungsgefahr einschränken wollen. Die Gesetzgebungsmaterialien geben vielmehr zu der Vermutung Anlaß, der Gesetzgeber habe mit dem Merkmal der Warengleichartigkeit gerade umgekehrt den als zu eng erkannten Begriff der Verwechslungsgefahr ausdehnen wollen. Nach damaliger Auffassung beschränkte sich die Verwechslungsgefahr bezüglich ihres Gegenstandes auf den engen Bereich der Zeichen- und Warenverwechselbarkeit. Die Berücksichtigung der Verkehrsgeltung als mitbegründendes Element der Verwechslungsgefahr konnte dagegen erst in Betracht kommen, als als Gegenstand der Verwechslungsgefahr nicht mehr die Zeichen selbst, sondern die Herstellungsorte erkannt wurden. Erst mit der angeführten Ausdehnung des Begriffs der Verwechslungsgefahr konnte überhaupt im Rahmen eines objektiv absolut verstandenen Warengleichartigkeitsbegriffs ein von der Warengleichartigkeit nicht mehr erfaßter Restbereich von Verwechslungsgefahr entstehen. Dem historischen Gesetzgeber konnte sich umgekehrt die Frage überhaupt nicht stellen, welcher Einfluß der Verwechslungsgefahr (insbesondere der Verkehrsgeltung) im Rahmen der Prüfung der Warengleichartigkeit zukomme. Der damals vertretene enge Begriff der Verwechslungsgefahr konnte vielmehr im Bereich eines auch objektiv absolut verstandenen Begriffs der Warengleichartigkeit im vollen Umfang Berücksichtigung finden.

Mit der Ausdehnung des Begriffs der Verwechslungsgefahr ist aber nunmehr eine Rechtsschutzlücke entstanden. Die Berücksichtigung der Verkehrsgeltung bei Prüfung der Verwechslungsgefahr einerseits und die Ausdehnung im Gegenstand der Verwechslung andererseits hat in der Praxis einen mehr oder minder großen, von einem objektiv absolut verstandenen Begriff der Warengleichartigkeit nicht mehr erfaßbaren, Bereich von Verwechslungsgefahr entstehen lassen. Die absolut verstandene Warengleichartigkeit ist nunmehr zu einem Einschränkungsmerkmal für die Ermittlung der rechtserheblichen Verwechslungsgefahr geworden. Dies ließe sich hinnehmen, wenn dadurch nicht in verschiedener Hinsicht Widersprüche im Schutz der Kennzeichenrechte verursacht würden. Zunächst

ist es eine Ungereimtheit, daß sich bei allen anderen Kennzeichenrechten im Rahmen der §§ 12 BGB, 16 UWG mit steigender Verkehrsgeltung der Bereich der Verwechslungsgefahr kontinuierlich auf entferntere Warengebiete erstrecken kann. Die Entwicklung der Kennzeichenrechte mündet in die Erlangung der Berühmtheit und des damit verbundenen Rechtsschutzes der berühmten Marke, der alle Warengebiete überbrückt. Dies gilt jedoch nicht für das Warenzeichen (Ausstattung), dessen Entwicklung an der Grenze der absolut aufgefaßten Warengleichartigkeit endet. Erlangt das Warenzeichen dagegen überragende Verkehrsgeltung, so überspringt der dem Warenzeichen dann zuteil werdende Schutz als berühmte Marke übergangslos alle sich aus der Beschränkung auf die Warengleichartigkeit ergebenden Grenzen. Das führt zu dem inneren Widerspruch, daß zwar die starke Verkehrsgeltung eines Warenzeichens außerhalb der objektiv absolut feststehenden Grenze der Warengleichartigkeit völlig unberücksichtigt bleibt, daß aber andererseits nach der Weiterentwicklung desselben Zeichens zur Berühmtheit der angeblich subsidiäre Rechtsschutz der berühmten Marke abrupt und übergangslos alle Warengebiete erfaßt. Das ist vor allem deshalb so bedenklich, weil die Gefahr besteht, daß der Schutz der berühmten Marke (ohne Namensfunktion) im Warenzeichenrecht nicht nur den Bereich der Verwässerungsgefahr erfaßt, sondern auch diejenigen Restgebiete der Verwechslungsgefahr, die außerhalb des objektiv verstandenen Bereichs der Warengleichartigkeit liegen. Insoweit könnte aber dann keineswegs mehr von einer Subsidiarität des Schutzes gegen Verwässerungsgefahr gesprochen werden.

Nur am Rande sei erwähnt, daß auch die scheinbar so absoluten Merkmale für die Ermittlung der Warengleichartigkeit, wie Gleichheit der regelmässigen Fabrikations- oder Verkaufsstätten, jedenfalls nach der Auffassung des Verkehrs ebenfalls von der Verkehrsgeltung abhängig sind. Bei einem dem Verkehr gut bekannten Unternehmen wird vom Verkehr der Bereich der Waren, die er unabhängig von der Bezeichnung diesem Unternehmen zurechnet, größer sein, als bei einem unbekannten Betrieb. Am bedenklichsten erscheint aber, daß die erwähnte objektive Auffassung der Warengleichartigkeit weder den Interessen der eingetragenen Zeicheninhaber genügt, noch die Interessen derjenigen angemessen wahrt, die eine Eintragung begehren. Da nach der Auffassung von Rechtsprechung und Lehre bei der Prüfung der Warengleichartigkeit insbesondere die Verkehrsgeltung unberücksichtigt bleibt, liegt es im Interesse der bereits eingetragenen Zeicheninhaber, daß der Begriff der Warengleichartigkeit wenn schon starr ob-

jektiv und absolut, dann doch entsprechend weit gezogen wird. Dem sucht die Rechtsprechung dadurch entgegenzukommen, daß bei der Prüfung der Warengleichartigkeit von der Identität der Vergleichszeichen ausgegangen wird[1]. Das dient dem Bestreben im Interesse materieller Gerechtigkeit, die Rechtsschutzlücke einer außerhalb der Warengleichartigkeit unberücksichtigt bleibenden Verwechslungsgefahr nach Möglichkeit auszuschalten bzw. klein zu halten. Es liegt jedoch auf der Hand, daß bei der großen Ausdehnung des Begriffs der Verwechslungsgefahr die Rechtsprechung den Begriff der Warengleichartigkeit objektiv absolut und dennoch weit auslegen könnte[2]. Die Rechtsprechung liefe dann aber Gefahr, damit zugleich die Rolle für Neueintragungen vollständig zu sperren. Die Freihaltung der Rolle läßt sich nur mittels eines Begriffs der Warengleichartigkeit erreichen, der wenn schon objektiv, dann aber möglichst eng gezogen wird. Mit einem objektiv absoluten, aber eng gezogenen Begriff der Warengleichartigkeit lassen sich dagegen aber wiederum die Interessen bekannter Warenzeichen (Ausstattungen) nicht berücksichtigen, die Benutzung verwechselbarer Zeichen außerhalb der Warengleichartigkeit zu unterbinden.

Mit scheint, daß sich der BGH über die Folgen eines objektiv absoluten und weit gefaßten Begriffs der Warengleichartigkeit durchaus im klaren war. Es könnte nämlich sein, daß die Rechtsprechung ursprünglich in der Einführung der sogenannten Zirkel- oder Abstandstheorie ein Mittel gesehen hat, die Warenzeichenrolle trotz eines weit gefaßten Begriffs der Warengleichartigkeit für Neueintragungen offen zu halten. Dem sollte der Rechtssatz dienen, daß kein Warenzeicheninhaber gegenüber neu einzutragenden Warenzeichen einen größeren Abstand beanspruchen dürfe, als er selbst gegenüber anderen Warenzeichen einhalte[3]. Dazu wäre aber erforderlich gewesen, daß der BGH den Schwächungseinwand als objektive von der Verkehrsauffassung unabhängige Beschränkung des Kennzeichenrechts aufgefaßt hätte. Der BGH hat jedoch seine im übrigen lebhaft kritisierte Rechtsprechung zur Abstandslehre gerade in diesem Punkt abgeschwächt und sieht beim Schwächungseinwand nurmehr eine durch die Erfahrung nahegelegte Möglichkeit, der im Einzelfall je nach den Umständen größere und geringere Bedeutung zukommen könne[4]. Damit besteht aber umge-

---

1) BGH GRUR 63/572, 573 Certo

2) Munzinger, GRUR 64/186 f

3) BGH GRUR 55/415 - Arctuvan

4) BGH GRUR 66/259, 261 - Napoleon

kehrt der Interessengegensatz zwischen Warenzeicheninhabern und Neuanmeldern bezüglich der Grenzziehung bei der Warengleichartigkeit unverändert fort.

Versuch einer eigenen Auslegung

Jede Auslegung des Begriffs der Warengleichartigkeit muß von dem Ziel geleitet sein, sowohl den Interessen von Neuanmeldern an einer angemessenen Freihaltung der Warenzeichenrolle als auch den Interessen von Warenzeichen mit erhöhter Verkehrsgeltung an möglichst umfassendem Schutz gerecht zu werden. Eine Lösung bietet sich in der Form einer zweiteiligen Ermittlung der Warengleichartigkeit im Eintragungs- und Widerspruchsverfahren einerseits und im Löschungs- und Verletzungsprozeß andererseits an. Dies ist nachfolgend näher zu erläutern.

Der objektiv absolute Warengleichartigkeitsbegriff eignet sich vor allem im Eintragungs- und Widerspruchsverfahren. Im Eintragungs- und Widerspruchsverfahren ist der Begriff der Warengleichartigkeit ohne Rücksicht auf Verkehrsgeltung des Widerspruchszeichens festzulegen. Das entspricht allein der Verfahrensstruktur im patentamtlichen Eintragungs- und Widerspruchsverfahren, das vom Amtsprinzip bestimmt ist. Schon nach der Verfahrensregelung ist die Prüfung der Warengleichartigkeit auf Bestimmungsmerkmale zu beschränken, die sich im Amtsverfahren einfach und ausreichend bestimmen lassen. Die Prüfung der Verkehrsgeltung von Widerspruchszeichen stellt eine Überforderung des Patentamts dar und hat deshalb zu unterbleiben. Dies gilt umso mehr, als das Patentamt bei der Prüfung der Verkehrsgeltung von Widerspruchszeichen die Benutzungslage nicht allein durch Berücksichtigung der aus der Rolle sich ergebenden Vergleichszeichen, sondern nur durch Prüfung auch etwaiger nicht eingetragener Zeichen (Ausstattungen) wirklichkeitsnah feststellen könnte. Der Natur des Verfahrens im Eintragungs- und Widerspruchsverfahren entspricht auch die in der Rechtsprechung geforderte Unterstellung identischer Benutzung. Der solchermaßen ermittelte Warengleichartigkeitsbegriff wäre im Ergebnis zwar objektiv und absolut, aber so eng zu ziehen, daß er lediglich die Berücksichtigung der Verwechslungsgefahr erlaubte, solange das eingetragene Zeichen nur normale Verkehrsgeltung aufwiese. Gesteigerte Verkehrsgeltung könnte im Eintragungs- und Widerspruchsverfahren nicht berücksichtigt werden. Durch eine objektiv absolute, aber enge Grenzziehung der Warengleichartigkeit im Eintragungs- und Widerspruchsverfahren würde der Mindestschutz des Wa-

renzeichens festgelegt, der auch im Löschungs- und Verletzungsstreit nicht unterschritten werden darf. Damit verträgt sich die in Rechtsprechung und Literatur ganz überwiegend vertretene Auffassung, daß das ordentliche Gericht im Verfahren über die Eintragungsbewilligungsklage an die Bejahung der Warengleichartigkeit im Eintragungs- oder Widerspruchsverfahren gebunden ist[1].

Im Löschungsprozeß und im Verletzungsprozeß gelten die vorerwähnten Gründe für einen objektiv absoluten und engen Warengleichartigkeitsbegriff nicht. Es ist deshalb angebracht, in diesen Verfahren die Warengleichartigkeit unter Berücksichtigung der Verkehrsgeltung relativ auszulegen. Der relative Warengleichartigkeitsbegriff im Verletzungs- und Löschungsprozeß ist zunächst dem geltenden Verfahren angemessen, die beide als zweiseitige Parteiverfahren ausgestaltet sind. Im Parteiverfahren lassen sich wiederum die für die Feststellung der Verkehrsgeltung erforderlichen Ermittlungen, insbesondere auch zur Benutzungslage sachgerechter durchführen. Die Parteien, die regelmäßig Wettbewerber sein werden, sind viel eher in der Lage, die erforderlichen Unterlagen beizubringen als das Patentamt im Amtsverfahren.

Das im Eintragungs- und Widerspruchsverfahren wegen der beschränkten Prüfung der Warengleichartigkeit unterlegene Widerspruchszeichen (§ 6 Abs. 1 WZG) hat die Möglichkeit, im Wege der zeichenrechtlichen Löschungsklage gemäß § 11 Abs. 1 Ziff. 1 WZG eine erweiterte, seine Verkehrsgeltung berücksichtigende Prüfung der Warengleichartigkeit zu erreichen. Es soll zwar nicht übersehen werden, daß durch die Möglichkeit der erweiterten Prüfung der Warengleichartigkeit im Löschungsprozeß der Wert der Eintragung beeinträchtigt wird, andererseits erfordert das Interesse von Widerspruchszeichen mit starker Verkehrsgeltung einen erweiterten Schutz.

Die Zweistufigkeit der Beurteilung der Warengleichartigkeit korrespondiert auch mit der in Rechtsprechung und Literatur anerkannten Auffassung, daß das ordentliche Gericht zwar an die Bejahung der Warengleichartigkeit durch das Patentamt, nicht aber an die Verneinung der Warengleichartig-

---

1) Baumbach/Hefermehl, WZG 1969, 10. Aufl., § 6 Rdz. 5

keit durch das Patentamt im Eintragungs- und Widerspruchsverfahren gebunden ist[1]. Der Sinn dieser Nichtbindung im Verhältnis von Patentamt und ordentlichem Gericht ist vor allem deshalb heute zweifelhaft geworden, weil seit dem Überleitungsgesetz vom 1. 7. 1961 ein gerichtliches Beschwerdeverfahren auch gegen den die Warengleichartigkeit verneinenden Beschluß des Patentamts nach § 6 Abs. 1 WZG eröffnet ist[2]. Einen neuen Sinngehalt erführe die Doppelgleisigkeit der Rechtsbehelfe gerade dadurch, daß der Begriff der Warengleichartigkeit in den verschiedenen Verfahren in verschiedenem Umfang berücksichtigt würde. Dem objektiv absoluten Begriff der Warengleichartigkeit im Eintragungs- und Widerspruchsverfahren einschließlich dem Beschwerdeverfahren stünde im Löschungs- und Verletzungsprozeß ein weiterer, die Verkehrsgeltung berücksichtigender relativer Warengleichartigkeitsbegriff gegenüber. Damit würde auch der Gegensatz abgemildert, der sich daraus ergibt, daß im Kennzeichenrecht sonst der Begriff der Warengleichartigkeit allgemein nur ein Hilfsbegriff für die Ermittlung der Verwechslungsgefahr ist. Die Verselbständigung des Begriffs der Warengleichartigkeit im Warenzeichenrecht erscheint nur tragbar, wenn dieser Begriff in der angeführten Weise flexibel ausgelegt wird.

Der Begriff der Warengleichartigkeit bei der Ausstattung

Das rein materielle Ausstattungsrecht erfordert nicht die Rücksichtnahme auf die Besonderheiten eines Eintragungsverfahrens. Die objektiv absolute Festlegung der Warengleichartigkeit ist deshalb zugunsten eines relativen Warengleichartigkeitsbegriffs unter Berücksichtigung der Verkehrsgeltung aufzugeben. Ein Anhalt dafür, daß eine derartige Auslegung der ursprünglichen Intention des Gesetzgebers jedenfalls nicht widersprach, ergibt sich daraus, daß das Merkmal der Warengleichartigkeit überhaupt erstmals in der Gesetzesfassung vom 5. 5. 1936 erscheint.

---

1) BlPMZ 1894/22, 23, 41, 44, 45; Baumbach/Hefermehl, WZG 1969, 10. Aufl., § 11 Rdz. 12; Reimer/Trüstedt, WZG 1966, 4. Aufl., 6. Kap., Rdz. 9; von Gamm, WZG 1965, § 11 Rdz. 13

2) Zweifel auch Baumbach/Hefermehl, WZG 1969, 10. Aufl., § 11 Rdz. 3

Die berühmte Marke ohne Namensfunktion

Der Rechtsschutz der berühmten Marke ohne Namensfunktion beruht nicht auf einem formalen Akt, wie der Eintragung, sondern auf der Erringung entsprechender Verkehrsgeltung. Es ist zunächst zu untersuchen, ob die Bildung einer Verkehrsauffassung in Richtung einer berühmten Marke ohne Namensfunktion denkbar ist. Diese Frage ist zwar nicht für den Regelfall, aber doch ausnahmsweise zu bejahen. Die Herkunftsfunktion eines Warenzeichens wird sich mit steigender Verkehrsgeltung nur dann erhalten, wenn dem Verkehr neben dem Warenzeichen andere Zeichen desselben Berechtigten bereits bekannt sind. Nur im Fall des Nebeneinanderbestehens eines bekannten Zeichens mit Namensfunktion (Firma, Unternehmenskennzeichen) und Warenzeichen kann sich das Zeichen in der beschränkteren Herkunftsfunktion zur Berühmtheit entwickeln, ohne Namensfunktion für das Unternehmen oder den Unternehmer zu erlangen. In den allermeisten Fällen wird ein Warenzeichen (Ausstattung) jedoch mit steigender Verkehrsgeltung vor der Erlangung von Berühmtheit zunächst in die allgemeinere Namensfunktion überwechseln.

Die rechtlichen Voraussetzungen einer Kollision bei der berühmten Marke ohne Namensfunktion

Der Rechtsschutz der berühmten Marke gegen Verwässerungsgefahr ist an mehrere Voraussetzungen geknüpft, die kumulativ erfüllt sein müssen. Zunächst ist für die Anerkennung als berühmte Marke Berühmtheit erforderlich. Die Berühmtheit ist dogmatisch eine Steigerungsform der Verkehrsgeltung im sonstigen Kennzeichenrecht. Die Anforderungen an die Berühmtheit hat die Rechtsprechung des BGH in die Formulierung gekleidet, daß das Zeichen nicht nur innerhalb aller beteiligten Verkehrskreise sich nachhaltig durchgesetzt, sondern grundsätzlich auch über den Abnehmerkreis hinaus allgemein als Kennzeichen eines Unternehmens und seiner Waren bekannt geworden sein müsse[1]. Diese Formulierung läßt im konkreten Falle noch Einzelfragen offen. In der Rechtsprechung des Reichsgerichts war ursprünglich der örtliche Mindestumfang der Berühmtheit streitig gewesen. Wohl als Nachwirkung der älteren Auffassung des Warenzeichens als Persönlichkeitsrecht hat das Reichsgericht zunächst die

---

1) BGHZ 19/23, 27 - Magirus

Forderung nach Weltruf erhoben[1]. Diese Auffassung widerspricht zwar nicht direkt dem Grundsatz der Territorialität der Marke, weil es jedem Staat selbst freisteht, an die Erlangung des zusätzlichen Rechtsschutzes gegen Verwässerung höhere Anforderungen zu stellen, sie widerspricht aber der Gerechtigkeit. Es gibt nämlich Produkte, die ihrer Art nach für einen Absatz im Ausland gar nicht oder kaum in Betracht kommen, wie z. B. regionale Tracht. Die für deren Vertrieb verwendeten Warenzeichen könnten dann trotz größter inländischer Verkehrsgeltung niemals in den erweiterten Schutz gegen Verwässerungsgefahr gelangen. Es ist deshalb die Berühmtheit innerhalb des gesamten Hoheitsgebietes des rechtsverleihenden Staates einerseits ausreichend und andererseits erforderlich für die Anerkennung als berühmte Marke[2]. Nicht ganz problemlos erscheint mir die Auflockerung der ursprünglichen Formulierung der Rechtsprechung, daß Berühmtheit nicht nur in den beteiligten Verkehrskreisen, sondern über den Abnehmerkreis hinaus ganz allgemein erforderlich sei[3]. Zu der neuen Formulierung in der Entscheidung Technika[4] heißt es, daß für die Bezeichnung eines Spezialartikels unter Umständen eine entsprechende Verkehrsdurchsetzung innerhalb der Abnehmerkreise ausreiche. Es besteht die Gefahr, daß mit dieser Rechtsprechung die Anforderungen an die Berühmtheit in unverantwortlicher Weise herabgesetzt werden, denn als Abnehmer gerade eines Spezialerzeugnisses kommen naturgemäß nur Fachleute in Betracht, die gewohnt sind, auf Unterschiede der im Verkehr befindlichen Zeichen besonders zu achten. Bei Fachleuten stellt sich außerdem eine allgemeine Kenntnis des Zeichens schon früher ein als beim flüchtig unterscheidenden breiten Publikum. Darüber hinaus fehlt aber gerade in diesem Fall das besondere Rechtsschutzbedürfnis des Zeicheninhabers für den zusätzlichen Schutz gegen Verwässerungsgefahr, da gerade der Werbewert der Spezialmarke durch das Aufkommen ähnlicher Zeichen auf anderen Marktgebieten weniger berührt werden kann. Es ist deshalb nicht ersichtlich, inwiefern ein Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb gemäß § 823 Abs. 1 BGB vorliegen soll, die Rechtsprechung macht vielmehr das Zeichen selbst und den Schutz seiner Alleinstellung zum Schutzgegenstand. Dies müßte konsequenterweise auch dazu führen, daß die berühmte Marke selbst als sonstiges

---

1) RGZ 170/151 - Bayer Kreuz

2) allgemeine Meinung z. B. Ulmer, ZHR 114/49; Becher, GRUR 51/490; Baumbach/Hefermehl, WZG 1969, 10. Aufl., § 31 Rdz. 152

3) BGHZ 19/23, 27 - Magirus

4) BGH GRUR 58/339

Recht gemäß § 823 Abs. 1 BGB und nicht nur als Bestandteil des Gewerbebetriebes geschützt würde.

Die Rechtsprechung fordert als Voraussetzung für den Schutz als berühmte Marke ferner die Alleinstellung des berühmten Zeichens. Dogmatisch ist die Alleinstellung als höchstmögliche Steigerungsform der Originalität eines Zeichens aufzufassen. Die Anforderungen an die Alleinstellung dürfen jedoch nicht überspannt werden. In der Kupferberg-Entscheidung[1] hat der BGH die Anforderungen an die Alleinstellung insoweit gelockert, als er ein einem sehr engen Kreis bekanntgewordenes ähnliches Zeichen auf einem weit entfernt liegenden Warengebiet nicht berücksichtigt hat.

Schließlich ist die Ähnlichkeit der Vergleichszeichen Voraussetzung für den Schutz gegen Verwässerungsgefahr. Das Merkmal der Ähnlichkeit entspricht dem der Verwechslungsgefahr im sonstigen Zeichenrecht. Während aber bei der Verwechslungsgefahr durch die Rechtsprechung allmählich eine Akzentverlagerung von der Zeichenverwechselbarkeit zur Betriebsverwechselbarkeit erfolgte, fehlt die letztere gerade in den Fällen, in denen Schutz gegen Verwässerungsgefahr begehrt wird. Das Merkmal der Ähnlichkeit knüpft vielmehr an die Übereinstimmung der Zeichen selbst an und entspricht damit im wesentlichen dem engeren früheren Begriff der Zeichenverwechselbarkeit. Demgemäß sind an die Übereinstimmung der Zeichen größere Anforderungen zu stellen, als für das Hervorrufen von Betriebsverwechslung erforderlich ist, jedoch ähnliche Anforderungen wie für das Hervorrufen von Zeichenverwechselbarkeit. Regelmäßig werden nur identische oder in ganz unwesentlichen Einzelheiten abweichende Zeichenformen noch in den Ähnlichkeitsbereich der berühmten Marke fallen. Für das Verhältnis von Verwechslungsgefahr und Verwässerungsgefahr ergibt sich demnach folgendes: Beide Begriffe setzen sich aus gemeinsamen Bestimmungsmerkmalen zusammen, die sich zwar dem Namen nach unterscheiden, der Sache nach jedoch entsprechen. Die allgemeinen Merkmale der Originalität, der Verkehrsgeltung und der Übereinstimmung der Zeichen begründen kumulativ die Verwechslungsgefahr. Bei der Prüfung der Verwässerungsgefahr sind diese allgemeinen Merkmale durch höchste quantitative Steigerung der Anforderungen zu engeren Begriffen verselbständigt; die Originalität zur Allein-

---

1) BGH GRUR 66/623

stellung, die Verkehrsgeltung zur Berühmtheit und die Zeichenübereinstimmung zur Ähnlichkeit. Ein wesentlicher Unterschied besteht nur darin, daß für die Prüfung der Verwechslungsgefahr zusätzlich auch die Warennähe zu berücksichtigen ist, während sie bei der Verwässerungsgefahr gänzlich entfälle. Daraus ergibt sich für die Prüfungsreihenfolge, daß mit der Prüfung der Verwechslungsgefahr in jedem Falle zu beginnen ist. Entfällt die Verwechslungsgefahr schon wegen des Fehlens der für die Verwechslungsgefahr und die Verwässerungsgefahr gleichermaßen bestimmenden allgemeinen Merkmale der Originalität der Verkehrsgeltung und der Übereinstimmung der Zeichen, dann bleibt für die Prüfung der Verwässerungsgefahr kein Raum, da die dementsprechenden Anforderungen bei der letzteren erhöht sind. Nur für den Fall, daß die Verwechslungsgefahr lediglich wegen des Fehlens der Warennähe entfällt, bleibt Raum für die Prüfung der Verwässerungsgefahr. Diese ist dann mit den erhöhten Anforderungen an Alleinstellung, Berühmtheit und Ähnlichkeit vorzunehmen. Die Prüfung der Verwässerungsgefahr ist demnach subsidiär hinter der Prüfung der Verwechslungsgefahr vorzunehmen[1].

In der Rechtsprechung war die Schutzgrundlage für den Schutz der berühmten Marke ohne Namensfunktion lange Zeit streitig. Zunächst hat die Rechtsprechung des Reichsgerichts den Schutz gegen Verwässerungsgefahr aus § 1 UWG abgeleitet[2]. Die Anwendung des § 1 UWG setzte jedoch ein Wettbewerbsverhältnis zwischen Markeninhaber und Zeichenverletzer voraus, das gerade bei völliger Branchenverschiedenheit fehlen konnte. Diesen Bedenken Rechnung tragend hat das Reichsgericht vorübergehend auch § 826 BGB als Rechtsgrundlage herangezogen[3]. Dieser Weg mußte jedoch wegen des schwierigen Nachweises des Schädigungsvorsatzes im Einzelfalle auf die Dauer unfruchtbar bleiben. Seit der Quick-Entscheidung vom 11. 11. 1958[4] leitet der BGH den Rechtsschutz der berühmten Marke ohne Namensfunktion aus § 823 Abs. 1 BGB her. Der BGH sieht die Verletzung der berühmten Marke als Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb an[5]. Das in § 823 Abs. 1 BGB verletzte sonstige Recht ist nach der Recht-

---

1) Baumbach/Hefermehl, UWG 1964, 9. Aufl., § 16 Rdz. 58 und WZG 1969, 10. Aufl., § 31 Rdz. 158

2) so unter anderem RGZ 115/401 - Salamander; RGZ 170, 137, 151 - Bayer; RGZ 172/49 - Siemens

3) so RG MUW 31/517 - Rudol Nr. 333

4) BGHZ 28/320

5) ebenso die Tosca-Entscheidung BGH GRUR 61/280

sprechung nicht die berühmte Marke selbst, sondern der eingerichtete und ausgeübte Gewerbebetrieb, dessen Bestandteil die berühmte Marke ist. Meines Erachtens ist diese Begründung nicht überzeugend, wenn auch am Ergebnis festzuhalten ist. Mit dem gleichen Recht müßte man die Verletzung eines Betriebsgebäudes oder einer Produktionsanlage immer als Eingriff in den Gewerbebetrieb ansehen. Außerdem müßte man diese Folgerung auch für andere Kennzeichenrechte ziehen und insbesondere für die berühmte Marke mit Namensfunktion, die dann ebenfalls nach § 823 Abs. 1 BGB zu schützen wäre[1]. Es stimmt auch bedenklich, daß gerade die von der Rechtsprechung des BGH zur Ermittlung der Tatbestandsmäßigkeit und Rechtswidrigkeit eines Eingriffes in den Gewerbebetrieb entwickelten Grundsätze beim Schutz der berühmten Marke gegen Verwässerungsgefahr überhaupt nicht anwendbar sind. So ist weder das Merkmal der Unmittelbarkeit des Eingriffs[2], noch das Merkmal der Betriebsbezogenheit des Eingriffs[3] geeignet, etwas über die tatbestandlichen Voraussetzungen des Rechts am Gewerbebetrieb im Falle der Verletzung der berühmten Marke auszusagen. Außerdem ist das für das Recht am Gewerbebetrieb mangels dessen tatbestandlicher Bestimmtheit sonst typische Erfordernis der positiven Begründung der Rechtswidrigkeit und der Güterabwägung[4] gerade bei der Verletzung der berühmten Marke nicht durchführbar. Die berühmte Marke weist in ihrer tatbestandlichen Schärfe vielmehr alle Merkmale eines echten Ausschlußrechtes auf, dessen Verletzung ohne besondere Begründung regelmäßig den Schluß auf die Rechtswidrigkeit erlaubt. In der Praxis handhabt die Rechtsprechung den Schutz der berühmten Marke gegen Verwässerungsgefahr wie den Schutz eines sonstigen Rechtes ohne Rückgriff auf das Recht am Gewerbebetrieb. Es ist deshalb gerechtfertigt, davon auszugehen, daß die berühmte Marke selbst ein sonstiges Recht im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB darstellt.

Die Schutzwirkung der berühmten Marke ohne Namensfunktion

Mit der Durchsetzung zur berühmten Marke wird diese ohne Rücksicht auf

---

1) so auch die konsequente Forderung von Baumbach/Hefermehl. WZG 1969, 10. Aufl., § 31 Rdz. 151; von Gamm, WZG 1965, Einführung Rdz. 89
2) BGHZ 3/270, 280 - Constanze I
3) BGHZ 29/65 - Stromunterbrechung
4) so BGHZ 8/142 - Schwarze Listen

das Bestehen von Warengleichartigkeit auch gegen die Verwendung auf gänzlich branchenfremden Gebieten geschützt. Das Absehen vom Erfordernis der Warengleichartigkeit ist zwar die praktisch wichtigste, aber nicht die sachlich weitreichendste Privilegierung der berühmten Marke. Das Verbotsrecht der berühmten Marke geht vielmehr sachlich auch über die Grenzen des § 1 WZG hinaus und erstreckt sich auch auf den Gebrauch zur Kennzeichnung der Herkunft von Dienstleistungen. Wollte man anders entscheiden, dann wäre ein Unterschied im Schutzumfang der berühmten Marke mit und ohne Namensfunktion nicht zu vermeiden. Während das Verbotsrecht der berühmten Marke mit Namensfunktion sich ohne weiteres auch auf den Dienstleistungssektor erstreckt, kann ein Warenzeichenrecht bzw. ein Ausstattungsrecht nicht für einen Dienstleistungsbetrieb begründet werden. Das Verbotsrecht der aus Warenzeichen und Ausstattungsrechten entstehenden berühmten Marke ohne Namensfunktion ist jedoch nicht in gleicher Weise beschränkt. Das ergibt sich daraus, daß der Zweck des zusätzlichen Rechtsschutzes, die Alleinstellung des berühmten Zeichens gegen Verwässerung zu schützen, durch den Gebrauch auf dem Dienstleistungssektor ebenso beeinträchtigt würde, wie auf anderen, wenn auch ungleichartigen Warengebieten. Die Verkehrsauffassung würde beim Gebrauch eines Zeichens in einem Dienstleistungsbetrieb unter Umständen noch eher auf Zusammenhänge mit dem berühmten Warenzeichen schließen, als bei dem Gebrauch desselben Zeichens auf anderen Warengebieten. Man denke etwa an den Gebrauch eines berühmten Zeichens eines bekannten Waschmittelherstellers zur Bezeichnung einer Wäscherei oder die Verwendung des berühmten Zeichens eines Automobilherstellers zur Bezeichnung eines Taxiunternehmens. Von der Interessenlage her besteht deshalb keine Veranlassung, beim Rechtsschutz der berühmten Marke ohne Namensfunktion, die in der Verkehrsauffassung nicht bestehende und gesetzgeberisch wohl auch verfehlte Grenze des § 1 WZG insoweit einzuhalten.

Der für die Priorität maßgebliche Zeitpunkt bei Warenzeichen und Ausstattung

Die Priorität des Warenzeichens

Das Warenzeichenrecht entsteht konstitutiv, wie sich aus § 15 WZG ergibt, erst mit der Eintragung. Das Gesetz bezieht die Rechtswirkungen der späteren Eintragung jedoch schon auf den Zeitpunkt der Anmeldung des Warenzeichens zurück. Voraussetzung ist dabei selbstverständlich, daß der Anmeldung keine Hindernisse entgegenstehen, die zur späteren Versagung der Eintragung führen. So berechtigt die Anmeldung nach § 5 Abs. 4 Satz 1 WZG bereits zur Erhebung des Widerspruchs, nach § 11 Abs. 1 Ziff. 1 WZG auch zur Erhebung der zeichenrechtlichen Löschungsklage, nach § 9 Abs. 1 WZG rechnet auch der Beginn der Schutzdauer mit dem Tag, der auf die Anmeldung folgt[1]. Nach § 3 Abs. 1 Satz 1 WZG ist deshalb der Tag der Anmeldung einzutragen. Die Anknüpfung an den Anmeldungstag und nicht an die Eintragung selbst ist gerechtfertigt durch die Überlegung, daß schon in der Anmeldung die eigentliche Inanspruchnahme des Zeichens liegt, während der Anmelder auf die Eintragung in der zeitlichen Reihenfolge der Anmeldungen keinen Einfluß hat und gerechterweise deshalb auch nicht mehr mit der zeitlich vertauschten Erledigung kollidierender Anmeldungen belastet werden darf. Eine dem § 17 GBO entsprechende Bestimmung, der die Erledigung kollidierender Anmeldungen in der Reihenfolge der Antragstellung sichert, enthält das Warenzeichengesetz nicht. Nach § 16 der Verordnung über das Deutsche Patentamt vom 9. 5. 1961 wird auf sämtlichen eingehenden Geschäftssachen der Tag des Eingangs und wenn der Zeitpunkt des Eingangs von Bedeutung sein kann, außerdem die

---

1) BGHZ 34/299, 303 Almglocke; BGHZ 19/23, 28 Magirus; Baumbach/Hefermehl, WZG 1969, 10. Aufl., § 2 Rdz. 36; Reimer/Trüstedt WZG 1966, 4. Aufl., 26. Kap., Rdz. 1; der Auffassung von Gamm, WZG 1965, § 9 Rdz. 1, die zeichenrechtliche Priorität bestimme sich allgemein nicht nur für die Schutzdauer nach dem auf den Anmeldetag folgenden Tag, vermag ich nicht zuzustimmen. Für die Kollision entscheidet vielmehr schon der Anmeldetag selbst, eine noch am Anmeldetag aber zeitlich später bewirkte zweite Anmeldung muß auf den Widerspruch des Erstanmelders unterliegen.

Uhrzeit (Stunde und Minute) des Eingangs vermerkt. Ist die zeitliche Reihenfolge der Anmeldungen überhaupt nicht oder irrig vermerkt, so unterliegt die Feststellung der maßgeblichen Zeitpunkte der Nachprüfung sowohl des Patentamts wie des Gerichts, da die Festlegung nur deklaratorisch wirkt. Läßt sich auch dann eine zeitliche Reihenfolge nicht ermitteln, so geht das zu Lasten dessen, der aus einer früheren Anmeldung Rechte ableiten will. Äußerstenfalls könnte sich so eine Gleichrangigkeit von Anmeldungen einstellen.

Vom Anmeldetag abweichende Prioritäten

Eine besondere Gruppe, deren Bedeutung heute allerdings nur noch gering ist, bilden diejenigen gesetzlichen Abweichungen vom Grundsatz der Maßgeblichkeit des Anmeldetages, die der Überwindung der Folgen des 2. Weltkriegs in der Rechtspflege dienen. In § 12 I des 1. Überleitungsgesetzes vom 8. 7. 1949 heißt es: "Sind mehrere übereinstimmende Zeichen (§ 31 WZG) für gleiche oder gleichartige Waren angemeldet, so steht das Recht auf die Eintragung demjenigen Anmelder zu, der oder dessen Rechtsvorgänger sich des Zeichens in seinem Geschäftsbetrieb vor dem 1. 10. 1948 und früher als der andere Anmelder oder dessen Rechtsvorgänger im Inland bedient hat. § 12 Abs. 2: Die Vorschrift des § 12 Abs. 1 gilt nicht

1. für Alt-Warenzeichenanmeldungen (§ 29 des 1. ÜLG),
2. für Anmeldungen, die später als einen Monat nach Eröffnung des Patentamts bewirkt werden,
3. wenn die Benutzung vor dem 1. Juli 1944 begonnen hat.

Für Neuanmeldungen, die in der Zeit vom 1. 7. 1944 bis 30. 9. 1948 bewirkt wurden, entscheidet deshalb nicht der Vorrang der Anmeldung, sondern der der erstmaligen zeichenmäßigen Benutzung. Nach Art. 6 des Gesetzes Nr. 8 der Alliierten Hohen Kommission vom 20. 10. 1949[1] konnte ein ausländischer Staat oder Staatsangehöriger, der in einem anderen Land als Deutschland frühestens 6 Monate vor Beginn des Kriegszustandes und spätestens vor dem 1. 10. 1949 die Erstanmeldung für die Eintragung eines Warenzeichens bewirkt hatte, vor dem 3. 10. 1950 die Priorität der Erstanmeldung beanspruchen.

---

1) abgedr. bei Reimer, WZG 1966, 4. Aufl., Anlage 54

Von größerer praktischer Bedeutung ist die Geltendmachung der sogenannten Ausstellungspriorität nach dem Gesetz betreffend den Schutz von Erfindungen, Mustern und Warenzeichen auf Ausstellungen vom 18. 3. 1904, mit Änderungsgesetz vom 3. 2. 1949. Eine Verpflichtung zur Einführung des Schutzes der Ausstellungspriorität enthält Art. 11 PVÜ. Wird das Warenzeichen auf einer Ware angebracht, die auf einer anerkannten Ausstellung ausgestellt wird, dann genießt eine innerhalb von 6 Monaten nach Eröffnung der Ausstellung bewirkte Anmeldung die Priorität der Eröffnung der Ausstellung. Sie geht zeitlich älteren Anmeldungen insoweit vor, als diese nach Eröffnung, aber vor Inanspruchnahme der Priorität, bewirkt wurden.

Die praktisch wichtigste Abweichung vom Grundsatz der Maßgeblichkeit der inländischen Anmeldung besteht in der Möglichkeit der Geltendmachung der sogenannten Unionspriorität nach Art. 4 PVÜ Lissaboner Fassung. Nach Art. 4 A I PVÜ hat derjenige, der in einem Verbandsland die Anmeldung für eine Fabrik oder Handelsmarke vorschriftsmäßig hinterlegt hat, in den anderen Verbandsländern während einer Prioritätsfrist von 6 Monaten (Art. 4 C I PVÜ) ein Prioritätsrecht. Die Erklärung der Geltendmachung dieser Priorität muß unter Angabe von Zeitpunkt und Land der ausländischen Hinterlegung spätestens innerhalb der Ausschlußfrist von 2 Monaten nach der Anmeldung beim Deutschen Patentamt erfolgen. Art. 4 D I PVÜ 12 I WZG in Verbindung mit § 27 PatG. Die Bedeutung der Bestimmungen liegt darin, daß der inländische Anmelder eines Warenzeichens einer bis zu 6 Monaten nach seiner Anmeldung erfolgenden inländischen Anmeldung weichen muß, wenn letztere von einem Angehörigen eines Verbandsstaates Art. 2 I PVÜ (bzw. ausnahmsweise auch durch einen Angehörigen eines Nichtverbandsstaates gemäß Art. 3 PVÜ) aufgrund einer früheren ausländischen Anmeldung erfolgt. Die Regelung des Art. 4 PVÜ bedeutet streng genommen keine Ausnahme vom Grundsatz der Maßgeblichkeit der Priorität der Anmeldung, vielmehr, da sich der zeitliche Vorrang einer Anmeldung im Ausland unter den genannten Voraussetzungen auch im Inland durchsetzt, eine Einschränkung des im Warenzeichenrecht geltenden Territorialitätsprinzips. Die Verbandsländer bilden hinsichtlich der Berechnung der Priorität eine Zeitvorrangsgemeinschaft. Eine erst nach der inländischen Zeichenanmeldung in einem Verbandsstaat erfolgende Anmeldung vermag deshalb den Zeitvorrang der inländischen Anmeldung niemals zu beeinträchtigen (Art. 4 B Satz 2 PVÜ).

Nach Art. 4 II MMA (Fassung von Nizza in Kraft seit 15. 12. 1966) genießt jede Marke, die Gegenstand einer internationalen Registrierung gewesen ist, das durch Art. 4 PVÜ festgelegte Prioritätsrecht, ohne daß es erforderlich ist, die unter dem Buchstaben D jenes Artikels vorgesehenen Förmlichkeiten zu erfüllen. Dies bedeutet, daß ein innerhalb von 6 Monaten nach der nationalen Anmeldung zur internationalen Registrierung angemeldetes Zeichen nach der internationalen Registrierung in allen Vertragsstaaten ohne besondere Inanspruchnahme den Rang der nationalen Anmeldung genießt. Erforderlich zur Wahrung des Verbandszeitvorranges ist jedoch zusätzlich die nationale Eintragung innerhalb der 6 Monate Frist des Art. 4 C PVÜ. Dem dient in Deutschland die Möglichkeit der beschleunigten Eintragung nach § 6 a WZG[1]. Der Unterschied zur Regelung des Art. 4 PVÜ besteht darin, daß einerseits eine besondere Geltendmachung des Zeitvorrangs in den einzelnen Vertragsstaaten nicht erforderlich ist, dafür aber andererseits in der Vorrangfrist die Anmeldung und die Eintragung bewirkt sein müssen.

Der für die Priorität maßgebliche Zeitpunkt bei der Ausstattung

Der Zeitrang des Ausstattungsrechts bestimmt sich nach dem Zeitpunkt der Vollendung der für die Entstehung des Ausstattungsrechtes erforderlichen Verkehrsgeltung[2]. Eine Vorbeziehung der Schutzwirkung des § 25 WZG (die Anwendung des § 1 UWG bleibt unberührt) auf eine vor der Vollendung der Entwicklung zum Ausstattungsrecht bestehende Ausstattungsanwartschaft ist ebenso abzulehnen, wie die Gewährung eines Vor- bzw. Weiterbenutzungsrechts für frühere, nicht zu einem Kennzeichenrecht erstarkte Benutzungen nach der Entwicklung der Ausstattungsanwartschaft zum Vollrecht. Die Ablehnung des zeichenrechtlichen Schutzes der Ausstattungsanwartschaft rechtfertigt sich mit Rücksicht auf die Verkehrssicherheit, die gefährdet wäre, wollte man die Schutzwirkung auf einen praktisch befriedigend nicht festlegbaren Zeitpunkt zurückbeziehen. Ein Vor- bzw. Wei-

---

1) Baumbach/Hefermehl, WZG 1969, 10. Aufl., MMA Art. 4 Rdz. 2

2) BGH GRUR 62/411 Wandsteckdose; Baumbach/Hefermehl, WZG 1969, 10. Aufl., § 25 Rdz. 45; Reimer/Heydt, WZG 1966, 4. Aufl., 40. Kap., Rdz. 1; von Gamm, WZG 1965, § 25 Rdz. 22

terbenutzungsrecht nach der Vollendung der erforderlichen Verkehrsgeltung der Ausstattung ist dagegen abzulehnen, weil sonst die zur Weiterbenutzung Berechtigten die für die Erhaltung des Ausstattungsrechtes erforderliche Verkehrsgeltung nachträglich vernichten könnten, ohne daß der Ausstattungsberechtigte dem entgegentreten könnte[1].

Die Priorität im Rechtsschutz der berühmten Marke

Der maßgebliche Zeitpunkt für den Schutz eines Warenzeichens als berühmte Marke gegen Verwässerungsgefahr ist der der Vollendung der Entwicklung zur Berühmtheit. Der Bundesgerichtshof hat es mit Recht abgelehnt, diesen Sonderschutz bereits einer Marke zuzubilligen, die auf dem Wege zur Berühmtheit ist[2]. Das ist zu begrüßen, da andernfalls ursprünglich außerhalb des Schutzbereichs der späteren berühmten Marke wirksam bereits entstandene Kennzeichenrechte unter der Drohung späterer Vernichtung nach Abschluß der Entwicklung zur Berühmtheit stünden. Dies würde eine untragbare Rechtsunsicherheit für die betroffenen Kennzeicheninhaber zur Folge haben. Die Priorität der berühmten Marke richtet sich deshalb nach dem zugleich für ihre Entstehung maßgeblichen Zeitpunkt der Vollendung der Entwicklung zur Berühmtheit[3].

---

1) RG GRUR 40/48 Lavendelwasserflasche; BGH GRUR 59/424 Fußballstiefel; BGH GRUR 61/413, 416 Dolex
2) BGHZ 19/23, 27 Magirus; BGH GRUR 58/341 Techniker
3) Baumbach/Hefermehl, WZG 1969, 10. Aufl., § 31 Rdz. 159; Reimer, Trüstedt, WZG 1966, 4. Aufl., 26. Kap., Rdz. 2; von Gamm, WZG, Einführung Rdz. 90

Anwartschaft und Vorbenutzung im Kennzeichenrecht

Wenngleich diese Fragen auch gegenüber anderen Kennzeichenrechten von Bedeutung sein können, spielen sie ihre größte Rolle doch bei Warenzeichen und Ausstattungsrechten. Es ist deshalb gerechtfertigt, die Erörterung auf die Probleme bei Warenzeichen und Ausstattung zu beschränken.

Anwartschaft und Vorbenutzung beim Warenzeichen

Das Institut der Anwartschaft hat seine Hauptbedeutung bei der Übertragung des Eigentums an Sachen. Hier dient es dazu, den zweiaktigen Übertragungsvorgang derart zu zerlegen, daß der Erwerber schon nach Erfüllung des einen Teils der Übereignung, nämlich der Besitzverschaffung, rechtlich dadurch der Stellung des Volleigentümers angenähert wird, daß der Anwärter sein Anwartschaftsrecht durch Veräußerung und Verpfändung bereits zum Gegenstand wirtschaftlicher Verwertung machen kann und im Verhältnis zu Dritten auch die Abwehrrechte des Eigentümers ausüben kann. Im Zeichenrecht hat das Institut der Anwartschaft einen davon abweichenden Zweck. Es regelt nicht die Vorwegnahme der rechtlichen Wirkungen des Vollrechts während der Übertragung, sondern schon bei der Entstehung des Rechts selbst. Da die zeitliche Entstehung der Schutzwirkung beim Warenzeichen gesetzlich ohnehin auf einen Zeitpunkt vor der Entstehung des Rechtes, nämlich auf den Zeitpunkt der Anmeldung zurückbezogen ist, ist für die Anerkennung eines Anwartschaftsrechts für einen noch weiter zurückliegenden Zeitpunkt kein Raum mehr. Dies liefe auch auf eine Auslegung contra legem hinaus. Insbesondere kann der Zeitpunkt der ersten Benutzung als solcher kein Anwartschaftsrecht begründen, da er im deutschen Recht nicht als Entstehungsgrund für das Warenzeichen anerkannt ist. Das Warenzeichen entsteht nicht durch Benutzung und Eintragung, sondern allein durch die Eintragung. Die Zubilligung eines Anwartschaftsrechtes ist auch deshalb kaum denkbar, weil sich die Wirkungen des Anwartschaftsrechtes beim Warenzeichen anders als im Verhältnis von Anwartschaft und Volleigentum an einer Sache nicht von den Wirkungen des Vollrechts unterscheiden lassen. Gegenüber der Anmeldung eines Warenzeichens ist deshalb ein Anwartschaftsrecht nicht anzuerkennen, jedoch kann im Einzelfall der Anmelder gegen die guten Sitten verstoßen, wenn er mit seiner Anmeldung lediglich das Ziel verfolgt, die bevorstehende Entstehung eines fremden (ausländischen) Kennzeichenrechts zu verhindern[1].

1) BGHZ 46/130 - Modess

Auch ein Vorbenutzungsrecht ist gegenüber der Eintragung eines Warenzeichens nicht anzuerkennen. Das Vorbenutzungsrecht unterscheidet sich vom Anwartschaftsrecht dadurch, daß es nicht wie dieses gegenüber jedermann, sondern nur im Verhältnis von Vorbenutzer und Warenzeicheninhaber wirkt. Gesetzlich anerkannt ist es im § 7 PatG für das Verhältnis des Patentinhabers zu einem Vorbenutzer, der die angemeldete Erfindung schon vorher entweder in Benutzung genommen hat oder die dazu erforderlichen Veranstaltungen getroffen hatte. Eine Übertragung des in § 7 PatG niedergelegten Rechtsgedankens auf das Warenzeichenrecht ist mangels Gleichheit der zugrundeliegenden Interessenlage nicht statthaft. Während der Vorbenutzer einer später patentierten Erfindung auf seinen schutzwürdigen Besitzstand verweisen kann, fehlt beim einfachen Vorbenutzer eines Warenzeichens eine solche Schutzwürdigkeit. Schon der Gegenschluß aus § 25 WZG, der den Erwerb eines Ausschlußrechtes von der Erringung der erforderlichen Verkehrsgeltung abhängig macht, zeigt, daß der Gesetzgeber die einfache Vorbenutzung eines Zeichens als solche nicht als schutzwürdig ansieht. Die Zubilligung eines Vorbenutzungsrechts würde die in § 25 WZG getroffene Entscheidung des Gesetzgebers illusorisch machen. Dies ist auch die herrschende Auffassung in der Literatur und Rechtsprechung[1]. Einen gesetzlich geregelten Ausnahmefall der Anerkennung eines Vorbenutzungsrechtes enthält Art. 28 II des Handelsvertrags zwischen den Staaten des Deutschen Zoll- und Handelsvereins und Frankreich vom 2. 8. 1862[2]. Art. 28 II lautet: "Wegen des Gebrauchs der Fabrikzeichen des einen Landes in dem anderen soll eine Verfolgung nicht stattfinden, wenn die erste Anwendung dieser Fabrikzeichen in dem Land, aus welchem die Ausfuhr der Erzeugnisse erfolgt, in eine frühere Zeit fällt, als die durch Niederlegung oder auf andere Weise bewirkte Aneignung dieser Zeichen im Lande der Einfuhr."[3]

---

1) Baumbach/Hefermehl, WZG 1969, 10. Aufl., § 24 Rdz. 21; Reimer/Trüstedt, WZG 1966, 4. Aufl., 26. Kap. Anm. 17, 18; von Gamm, WZG 1965, Einleitung Rdz. 87; Tetzner, WZG 1958, § 3 Anm. 20; anderer Ansicht dagegen Reimer, Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht 1954, 3. Aufl., 25. Kap., Rdz. 2

2) RGZ 132/382, 385 - Chaussures Manon

3) Nach einem ausführlich begründeten Urteil des BGH vom 12. 2. 1969 (I ZR 30/67 OLG Hamburg Anker Export) wird man davon auszugehen haben, daß Art. 28 Abs. II spätestens seit dem 2. Weltkrieg nicht mehr anwendbar ist. Aus Vorkriegshandlungen kann ein Vorbenutzungsrecht nicht mehr hergeleitet werden.

Anwartschaft und Vorbenutzung gegenüber der Ausstattung

Auch gegenüber dem Ausstattungsrecht ist ein zeichenrechtliches Anwartschaftsrecht nicht anzuerkennen. Zunächst müssen auch gegenüber der Ausstattungsanwartschaft methodische Bedenken geltend gemacht werden. Ebenso wie beim Warenzeichen läßt sich auch gegen die Rechtsfigur der Ausstattungsanwartschaft das Bedenken anführen, daß mit ihr das Verhältnis zweier Benutzer untereinander schon vor der Entstehung des Rechts geregelt wird und nicht wie bei der Anwartschaft im Sachenrecht lediglich die Verhältnisse von Veräußerer und Erwerber bei der Rechtsübertragung des als solchen schon bestehenden Ausschlußrechts. Außerdem fehlt es an der Möglichkeit, bei der Entstehung des Ausstattungsrechts qualitativ von einander unterscheidbare Stufen in der Entwicklung der Verkehrsgeltung gemäß § 25 WZG zu finden, an deren Erreichung eine Ausstattungsanwartschaft geknüpft werden könnte. Verkehrsgeltung in den Hersteller- oder Händlerkreisen kann nicht als Durchgangsstadium bei der Erringung der Verkehrsgeltung in den Abnehmerkreisen angesehen werden, da diese unter Umständen schon vor der ersten Benutzung aufgrund bloßer Ankündigung erreicht werden kann. Die Erringung der für § 25 WZG ausreichenden Verkehrsgeltung ist vielmehr ein allmählicher, in quantitativen Veränderungen ablaufender Prozeß. In ihm einen Punkt zur Anknüpfung des Anwartschaftsrechtes festzusetzen, bedeutet, der Rechtsunsicherheit Tür und Tor zu öffnen. Schließlich läßt sich, von den Rechtsfolgen der Zubilligung eines Anwartschaftsschutzes her betrachtet, anführen, daß ebenfalls im krassen Widerspruch zur Rechtslage im Verhältnis von Eigentumsvollrecht und Eigentumsanwartschaft, die Ausstattungsanwartschaft bezüglich des Rechtsschutzes nicht vom Vollrecht zu unterscheiden ist. Mit dem Erreichen des für den Anwartschaftsschutz erforderlichen Grades an Verkehrsgeltung würde ein Anwartschaftsrecht entstehen, das sich nur dem Namen nach vom Vollrecht der Ausstattung unterschiede. Insbesondere wirkt es gegen jeden Dritten genau wie die Ausstattung selbst. Besonders unbefriedigend wäre das, wenn das Anwartschaftsrecht sich später nicht zum Vollrecht weiter entwickeln sollte, was nicht mit Sicherheit auszuschließen ist. Die herrschende Lehre lehnt deshalb mit Recht eine zeichenrechtliche Ausstattungsanwartschaft ab[1]. Der ursprünglich für die Ent-

1) Baumbach/Hefermehl, WZG 1969, 10. Aufl., § 25 Rdz. 102; von Gamm, WZG 1965, Einführung, Rdz. 87; Heydt, GRUR 52/321, 325; Reimer/Heydt, Wettbewerbs- und Warenzeichengesetz 1966, 4. Aufl., 40. Kap., Rdz. 2; anderer Ansicht dagegen noch Reimer, Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht 1954, 3. Aufl., 40. Kap., Rdz. 2 mit weiterer Literatur

wicklung der Rechtsfigur des Anwartschaftsrechtes durch die Rechtsprechung kausale Fall, daß die Verkehrsgeltung im Ausland entwickelt war, die Benutzung im Inland bereits aufgenommen und die Verkehrsanerkennung auch im Inland in absehbarer Zeit mit Sicherheit zu erwarten stand, läßt sich durch die ausnahmsweise Zubilligung eines wettbewerblichen Schutzes gemäß § 1 UWG befriedigend lösen[1]. Die Zubilligung von Wettbewerbsschutz läßt sich rechtfertigen, da sie nicht zur Einräumung eines Ausschlußrechtes für das in der Entwicklung begriffene Recht führt. Der Entscheidung gleichgelagerter Fälle im Verhältnis zu Drittbenutzern wird nicht vorgegriffen, während die Zubilligung eines zeichenrechtlichen Anwartschaftsschutzes zwar nicht in der Theorie, aber doch praktisch auch die Frage der Benutzung Dritter nach dem für das Anwartschaftsrecht als maßgeblich erachteten Zeitpunkt ebenfalls mitentscheiden würde.

Schließlich ist gegenüber dem Ausstattungsrecht ein Gebrauchsrecht aus dem Gesichtspunkt der Vorbenutzung nicht anzuerkennen. Die ältere Rechtsprechung des Reichsgerichts gewährte allerdings der vor der Erringung der Verkehrsanerkennung durch eine Ausstattung von einem anderen bereits vorher benutzten Ausstattung das Recht zur Weiterbenutzung[2]. Diese Rechtsprechung wurde vom Reichsgericht in der Lavendelflasche-Entscheidung[3] wieder aufgegeben. Die Rechtsprechung des BGH ist nicht einheitlich. In der Fußballstiefel-Entscheidung[4] lehnt der BGH ein Vorbenutzungsrecht ab, obwohl die Vorbenutzung nach der Behauptung des Beklagten beträchtlich früher erfolgt sein konnte (30 Jahre). In der Entscheidung Wandsteckdose[5] stellt der BGH für den Ausstattungsschutz dagegen auf eine etwaige Vorbenutzung vor Erlangung der Verkehrsgeltung ab. In der Literatur wird ein Vorbenutzungsrecht überwiegend abgelehnt[6]. Spengler[7] will in Anlehnung an die Grund-

---

1) BGHZ 46/130 - Modess
2) RG GRUR 32/79, 81 - Essentia Aurea; RG GRUR 32/191, 194 - Nährbier; RG GRUR 33/39, 40 - gelbrote Tankstellen
3) RGZ 162/347, 348
4) BGH GRUR 59/423, 425
5) BGH GRUR 62/409, 411
6) Baumbach/Hefermehl, WZG 1969, 10. Aufl., § 25 Rdz. 119; von Gamm, WZG 1965, § 25 Rdz. 34; Tetzner, WZG 1958, § 25 Anm.33; Busse, WZG 1960, 3. Aufl. § 25 Anm. 8 e; Schramm, Grundlagenforschung 1954 S. 95; v. d. Osten, die Verkehrsgeltung im Warenzeichen- und Wettbewerbsrecht 1959, S. 64
7) Spengler, GRUR 53/160, 164

sätze der Rechtsprechung zur Verwirkung ein Vorbenutzungsrecht dann zubilligen, wenn der Vorbenutzer einen auch für die Verwirkung ausreichenden schutzwürdigen Besitzstand erreicht habe. Ein Vorbenutzungsrecht bejahen auch Reimer und Heydt[1]. Möhring[2] will ein Vorbenutzungsrecht nur gegenüber der Ausstattung, nicht aber gegenüber dem Warenzeichen anerkennen.

Meines Erachtens ist der überwiegenden Ansicht zu folgen, daß ein Vorbenutzungsrecht auch bei der Ausstattung nicht anzuerkennen ist. Die Frage der Vorbenutzung ist die Umkehrung der Frage des Anwartschaftsschutzes. Während bei der Anwartschaft zugunsten des Zeicheninhabers die Schutzwirkungen zeitlich vorverlegt werden sollen, soll die Vorbenutzung die Schutzwirkung des Ausschlußrechtes zu Lasten des Zeicheninhabers zeitlich beschränken. Auch gegenüber der Vorbenutzung lassen sich daher in ähnlicher Form die gegen das Anwartschaftsrecht geäußerten Bedenken ins Feld führen. So müßte die Unklarheit über die Anforderungen an den Besitzstand des Vorbenutzers zu großer Rechtsunsicherheit für den Zeicheninhaber führen. Entscheidend scheint mir aber zu sein, daß auch die rechtsähnliche Anwendung der Grundsätze der Verwirkung im Verhältnis von Ausstattungsberechtigten und Vorbenutzer der Interessenlage nicht gerecht wird. Mit der Verkehrsdurchsetzung gemäß § 25 WZG verwandelt sich der bisherige rein tatsächliche Zustand in einen rechtlich geschützten. Umgekehrt erlischt das Ausschlußrecht aber wieder, wenn die nach § 25 WZG erforderliche Verkehrsgeltung nicht nur vorübergehend unterschritten wird. Der Ausstattungsberechtigte ist daher darauf angewiesen, den Zustand der Verkehrsgeltung zu erhalten, will er nicht sein Recht verlieren. Billigt man nun allen Vorbenutzern, die seine Ausstattung schon vor seiner ersten Ingebrauchnahme, jedenfalls aber vor Erreichung der Verkehrsgeltung in bestimmtem Umfang benutzt haben, das Recht zur Weiterbenutzung zu, dann kann er die zur Aufrechterhaltung seines Ausschlußrechtes erforderliche Verkehrsgeltung nur durch ständige Verteidigung des tatsächlichen Zustandes im Wettbewerb erreichen, nicht jedoch aufgrund einfacher Berufung auf sein Ausschlußrecht. Dies läuft im Ergebnis auf die Verneinung der Rechts-

---

1) Reimer, Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht 1954, 3. Aufl., 40. Kap., Rdz. 3; Reimer/Heydt, Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht 1966, 4. Aufl., 40. Kap., S. 698, 700

2) MA 1950/139, 142

qualität der Ausstattung zunächst im Verhältnis zu Vorbenutzern hinaus. Anders als beim Warenzeichen, das selbst nach Zubilligung eines Vorbenutzungsrechtes ebenso wie im Falle der Verwirkung nur eine Beschränkung seiner Ansprüche ohne Verlust der Rechtsqualität erleidet, müßte der Ausstattungsberechtigte durch die Anerkennung eines Vorbenutzungsrechtes weitergehend mit dem Verlust seines Ausschlußrechtes auch im Verhältnis zu Dritten dadurch rechnen, daß der Vorbenutzer Verkehrsgeltung erreicht, während die seinige unter den in § 25 WZG geforderten Mindeststand absinkt. Selbst wenn man der Ansicht sein sollte, daß die Erringung der Verkehrsgeltung durch den Vorbenutzer nicht notwendig die Ausstattung durch Zerstörung ihrer Verkehrsgeltung vernichten müsse, so ist das doch wenigstens in der Regel der Fall[1]. Es könnte so geschehen, daß ein Vorbenutzer zunächst durch Erringung eigener Verkehrsgeltung und gleichzeitiger Zerstörung der Verkehrsgeltung der Ausstattung letztere zu beseitigen vermag, dem verdrängten Ausstattungsberechtigten müßte man dann wiederum ein Vorbenutzungsrecht zugestehen, mit dem er später die Verkehrsgeltung seines Widersachers erneut zu zerstören vermöchte. Die Zubilligung eines Vorbenutzungsrechtes würde auch eine unberechtigte Schlechterstellung des materiellen Ausstattungsrechtes gegenüber dem förmlichen Warenzeichen bedeuten, da die Ausstattung durch die Vorbenutzung in ihrem Rechtsbestand vernichtet werden könnte, das Warenzeichen jedoch bestehen bliebe. Die rechtsähnliche Anwendung der Grundsätze der Verwirkung auf das Verhältnis von Ausstattungsinhaber und Vorbenutzer ist deshalb abzulehnen, ein Vorbenutzungsrecht kann auch gegenüber dem Ausstattungsrecht nicht anerkannt werden. Auf den gesetzlichen Ausnahmefall des Art. 28 II des Handelsvertrages zwischen den Staaten des Deutschen Zoll- und Handelsvereins und Frankreich vom 2. 8. 1862, der auch auf die Ausstattung Anwendung findet, wurde bereits hingewiesen.

---

1) Reimer/Heydt, Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht 1966, 4. Aufl., 46. Kap., S. 748; nach Meinung des Reichsgerichts in jedem Falle z. B. RGZ 162/348 - Lavendelflasche; RG JW 38/2026, 2027, offengelassen BGHZ 16/82, 91 - Wickelsterne

Die Verwirkung im Kennzeichenrecht am Beispiel von Warenzeichen und Ausstattung

Da das Problem der Verwirkung im gesamten Kennzeichenrecht auftritt, andererseits jedoch eine Erörterung bei den einzelnen Kennzeichenrechten den Rahmen der Arbeit übersteigen würde, erscheint eine Beschränkung auf die Verwirkung bei Warenzeichen und Ausstattung gerechtfertigt. Dies ist auch deshalb gerechtfertigt, weil der Verwirkungseinwand seiner Rechtsnatur nach bei allen Kennzeichen ein Unterfall der unzulässigen Rechtsausübung gemäß § 242 BGB ist. Das Rechtsinstitut der Verwirkung, das auch im bürgerlichen Recht bekannt ist, hat im Kennzeichenrecht eine besondere praktische Bedeutung. Dabei ist zu beachten, daß die Verwirkung im Kennzeichenrecht sich von der Verwirkung etwa einer Forderung in wichtigen Punkten unterscheidet. Außerhalb des Kennzeichenrechts ist die Frage des Bestehens von rechtlichen Beziehungen etwa einer Forderung unter den Parteien regelmäßig außer Zweifel. Der Gläubiger einer Forderung wird in der Regel entweder das Bestehen der Forderung oder wenigstens die tatsächlichen Grundlagen, auf denen sie beruht, kennen. Im Kennzeichenrecht erfaßt das Institut der Verwirkung jedoch sowohl Fälle, in denen dem Berechtigten die aus der Kollision zweier Kennzeichenrechte entstehenden Ansprüche bekannt waren, als auch solche Fälle, in denen den Zeicheninhabern das Bestehen von rechtlichen Beziehungen überhaupt nicht bewußt war. Es ist sowohl denkbar, daß den Zeicheninhabern die tatsächlichen Umstände der Zeichenverletzung unbekannt bleiben, als auch, daß sie trotz Kenntnis der tatsächlichen Umstände aufgrund einer falschen rechtlichen Würdigung die Existenz zeichenrechtlicher Ansprüche übersehen. Für die Verwirkung im Zeichenrecht spielt deshalb das Problem der Unkenntnis des Zeicheninhabers hinsichtlich seiner Ansprüche eine bedeutsame Rolle, während diese Fallgestaltung außerhalb des Zeichenrechts von nebensächlicher Bedeutung ist. Eng damit hängt zusammen, daß die Verwirkung außerhalb des Kennzeichenrechts hauptsächlich auf das Verhalten des Gläubigers abstellt, während die Schutzwürdigkeit des Schuldners keine selbständige Berücksichtigung findet, vielmehr je nach dem Verhalten des Gläubigers zu- oder abnimmt. Außerhalb des Kennzeichenrechts vermag der Schuldner eines bestehenden Anspruchs durch sein Verhalten die Beurteilung der Schutzwürdigkeit nicht selbständig zu beeinflussen. Bei der Verwirkung im Kennzeichenrecht ist dagegen neben dem Verhalten des Verletzten im Rahmen der Abwägung aller Umstände auch das Verhalten des Verletzers für die Prüfung der Voraussetzungen der Verwirkung relevant.

Die se Besonderheiten haben die Literatur häufig dazu veranlaßt, die zeichenrechtliche Verwirkung unter andere Rechtsfiguren, wie etwa die Ersitzung[1], die Verarbeitung oder erlaubten Eingriff in fremde Rechte[2] einzuordnen. Die überwiegende Ansicht[3] geht jedoch von einer einheitlichen im gesamten Zivilrecht geltenden Verwirkungslehre aus. Selbst wenn man dem folgt, erfordern doch die Besonderheiten der zeichenrechtlichen Verwirkung eine Berücksichtigung bei der Prüfung der Verwirkung im Widerstreit zweier Kennzeichenrechte.

Für die Prüfung der Verwirkung hat sich in der Rechtsprechung die Formulierung eingebürgert: "Der Zeicheninhaber kann seine Rechte gegenüber einem Verletzer nicht geltend machen, wenn die Rechtsverletzung so spät erfolgt, daß der Verletzer nach Treu und Glauben annehmen durfte, daß sein inzwischen mit Mühe und Kosten geschaffener Besitzstand an einer Bezeichnung vom Verletzten geduldet werde[4]. Aus dieser Formulierung ergibt sich, daß sowohl auf seiten des Verletzten, als auch auf seiten des Verletzers im Rahmen einer Gesamtbeurteilung verschiedene Umstände zu berücksichtigen sind. Auf seiten des Verletzten ist zunächst die Stärke seines Kennzeichenrechts zu berücksichtigen.

Einem noch unbenutzten Zeichen kann die Einrede der Verwirkung leichter entgegengesetzt werden als einem benutzten und im Verkehr weitgehend durchgesetzten Zeichen. Von Bedeutung ist ferner die Kenntnis des Bestehens zeichenrechtlicher Ansprüche sowohl auf seiten des Verletzten als auch auf seiten des Verletzers. Gerade diesbezüglich können die Verwirkungsfälle im Zeichenrecht sehr verschieden liegen. Auf der einen Seite ist eine Verwirkung bei beiderseitiger Unkenntnis der anspruchsbegründenden Tatsachen der Zeichenverletzung möglich, während andererseits bei beiderseitiger Kenntnis oder bei Kenntnis nur auf seiten des Verletzten die Verwirkung bis in die Nähe des Verzichts reichen kann. Die Verwirkung bei völliger und unverschuldeter Unkenntnis des Zeicheninhabers

---

1) Seligsohn, GRUR 1930/93
2) Ulmer, Warenzeichen und unlauterer Wettbewerb 1929
3) z. B. Staudinger/Weber, Kommentar zum BGB 1961, 11. Aufl., § 242 D Anm. 595, 596
4) so z. B. BGHZ 5/189, 195 - Fischermännchen

anzunehmen, setzt jedoch voraus, daß der Verletzer einem im stärksten Maße schutzwürdigen Besitzstand erworben hat und außerdem lange Zeit abgelaufen ist.

Der wesentlichste Umstand auf seiten des Verletzers ist der Erwerb eines sogenannten schutzwürdigen Besitzstandes. Es ist streitig, welche Anforderungen an den Besitzstand beim Verletzer zu stellen sind. Das Reichsgericht stand ursprünglich auf dem Standpunkt, daß der danach erforderliche Besitzstand mit dem nach § 25 WZG zur Begründung eines Ausstattungsrechtes erforderlichen Maß an Verkehrsgeltung übereinstimme[1] In der Folgezeit hat das Reichsgericht diese Auffassung fallen gelassen, und nicht mehr unbedingt die volle Verkehrsdurchsetzung auf seiten des Verletzers verlangt[2]. Nach der auch vom Bundesgerichtshof gebilligten Auffassung genügt es, daß der Verletzer durch eine länger dauernde, redliche und ungestörte Zeichenbenutzung eine wettbewerbliche Stellung erlangt hat, die für ihn einen beträchtlichen Wert darstellt und ihm nicht ohne fühlbare Einbuße entzogen werden kann[3].

Die Auffassung des Reichsgerichts und des BGH wird von der Literatur überwiegend gebilligt[4]. Eine wenigstens örtlich begrenzte Verkehrsdurchsetzung im Sinne des § 25 WZG auch als Mindestmaß eines schutzwürdigen Besitzstandes entsprechend der älteren Rechtsprechung des Reichsgerichts verlangt dagegen eine beachtliche Mindermeinung[5]. Es ist anzuerkennen, daß die Gleichsetzung der Anforderungen an die Verkehrsgeltung im Sinne des § 25 WZG und an dem Besitzstand bei der Verwirkung den Vorzug der Klarheit für sich hat. Die herrschende Lehre muß nämlich das unschöne Ergebnis in

---

1) RG JW 36/186 - Hageda; GRUR 38/356 - Muratti
2) so im Verhältnis kollidierender eingetrg. Warenzeichen in DR 42, 1705 - Polar Rennforth; GRUR 43/39 - Fissan; GRUR 43/341 - Standard Alupost; später auch wenn Verletzer kein Warenzeichen hatte, in GRUR 43/345 - Goldsonne und GRUR 44/147 - Blendor Blondor
3) BGHZ 21/66, 78 - Hausbücherei, GRUR 58/606 - Kronenmarke; GRUR 60/137, 141 - Astra
4) Reimer/Trüstedt, Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, 4. Aufl., 1966, 26. Kap., Rdz. 13; von Gamm, WZG 1965, § 24 Rdz. 50; Ulmer, ZHR 114/52 und GRUR 51/357
5) Baumbach/Hefermehl, UWG 1964, 9. Aufl., Einleitung Rdz. 299; Reimer, Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht 1954, 3. Aufl., 116. Kap., Anm. 7; Droste, GRUR 50/562 und Heydt, GRUR 51/184

Kauf nehmen, daß ein noch nicht bis zu einem Ausstattungsrecht erstarkter schutzwürdiger Besitzstand auf seiten eines Verletzers ein älteres Ausstattungsrecht durch Vernichtung seiner Verkehrsgeltung im Nachhinein zerstören kann. Da die Rechtsprechung zugleich das Nebeneinanderbestehen zweier Ausstattungsrechte am selben Zeichen ablehnt[1], kann die Zubilligung eines schutzwürdigen Besitzstandes auf seiten des Verletzers im Verhältnis der beiden Zeichenbenutzer zu einer echten Kollisionsentscheidung führen, obwohl auf seiten des Verletzers ein subjektives Ausschließlichkeitsrecht noch nicht besteht. Von der Zubilligung eines Anwartschaftsrechtes unterscheidet sich die Verwirkung im Ergebnis dann nur noch dadurch, daß sie lediglich im Verhältnis von Verletzer und Verletztem, nicht aber im Verhältnis zu Dritten Wirkung zeitigt. Dennoch lassen sich gute Gründe für die Auffassung der Rechtsprechung und des überwiegenden Teils der Literatur anführen. Zunächst ist die Verwirkung nicht nur bei Warenzeichen und Ausstattung, sondern auch bei allen anderen Kennzeichenrechten denkbar. Im Verhältnis zweier Unternehmenskennzeichen etwa, die beide durch einfache Benutzung als Ausschlußrechte entstehen können, ist es für die Frage der Verwirkung unmöglich, den erforderlichen Besitzstand nach den Anforderungen des § 25 WZG festzusetzen. Andererseits weist Ulmer mit Recht darauf hin, daß die Erringung von Verkehrsgeltung auf seiten des Verletzers möglicherweise nicht einmal ausreichend sein kann, einen schutzwürdigen Besitzstand zu begründen[2], sofern der Verletzer seinen Besitzstand unlauter erworben hat. Für die herrschende Lehre spricht auch, daß zwischen den Rechtsfiguren der Anwartschaft einerseits und der Verwirkung andererseits ein inneres Wechselverhältnis besteht. Die Ablehnung des sogenannten Anwartschaftsrechtes ist gerade aus dem Gedanken heraus gerechtfertigt, daß es unbillig ist, schon vor Erringung der Verkehrsgeltung im Verhältnis zu Dritten die Wirkungen eines Ausschlußrechtes vorwegzunehmen. Da die Verwirkung andererseits nur im Verhältnis von Verletzer und Verletztem von Bedeutung ist, das Verhältnis zu Dritten jedoch nicht zur Debatte steht, werden andererseits Dritte durch die Zubilligung eines Benutzungsrechtes aufgrund des Verwirkungseinwandes schon vor der Erringung von Verkehrsgeltung durch den Verletzer nicht beeinträchtigt. Die Herabsetzung des Mindestmaßes für die Schutzwürdigkeit des Besitzstandes ist innerlich auch als Ausgleich

---

1) BGHZ 16/82, 91 - Wickelsterne

2) Ulmer, GRUR 51/355, 357

dafür gerechtfertigt, daß die Rechtsprechung gegenüber dem einmal zur Verkehrsgeltung erstarkten Ausstattungsrecht kein Weiterbenutzungsrecht anerkennt[1]. Die darin liegende Härte trifft besonders den Benutzer, der in Unkenntnis der Vollendung der Verkehrsgeltung eines anderen Zeichenbenutzers sein Zeichen selbst weiterbenutzt. Der Ausschluß eines Vor- bzw. Weiterbenutzungsrechtes wird insoweit dadurch gemildert, daß an die Voraussetzungen der Verwirkung hinsichtlich des Besitzstandes keine überhöhten Anforderungen gestellt werden.

Nur die Gesamtwürdigung der auf seiten des Verletzten und des Verletzers vorliegenden Umstände erlaubt schließlich einen Schluß hinsichtlich der Benutzung für die Annahme eines schutzwürdigen Besitzstandes auf seiten des Verletzers. Ein fester Maßstab für die Mindestdauer der Erlangung eines schutzwürdigen Besitzstandes läßt sich deshalb nicht geben. Die Rechtsprechung hat einerseits die Benutzung des Zeichens Wipp während einiger Tage bereits als ausreichend angesehen[2], während andererseits die elfjährige Benutzung des Zeichens Vineta gegenüber dem Warenzeichen Nivea als nicht ausreichend angesehen wurde[3].

Hinsichtlich der Rechtsfolgen der Verwirkung ist zu beachten, daß grundsätzlich nur die aus der Verletzung eines Kennzeichenrechtes resultierenden Ansprüche nicht aber das Kennzeichenrecht selbst durch Erlöschen untergeht. Ausnahmsweise kann die Verwirkung aber auch das Erlöschen des Kennzeichenrechts selbst zur Folge haben, wenn der Verletzer beim Erwerb eines schutzwürdigen Besitzstandes etwa die für den Bestand eines Ausstattungsrechtes erforderliche Verkehrsgeltung vernichtet hat oder nach Eintritt der Verwirkung vernichtet. Die Verwirkung führt aber nicht in allen Fällen mit Notwendigkeit zur Vernichtung des älteren Ausstattungsrechts. Zwar kann grundsätzlich innerhalb desselben Wirtschaftsgebietes ein Ausstattungsrecht für die gleichen Waren grundsätzlich nur für ein Unternehmen geschützt sein[4], da bei identischen Zeichen, die für dieselbe Ware verwen-

---

1) RGZ 162/348 - Grüngoldene Flasche; BGH GRUR 61/413, 416 - Dolex
2) BGH GRUR 57/499
3) RG GRUR 42/266
4) RGZ 162/347 - Lavendelwasserflasche; BGHZ 16/82, 91 - Wickelsterne

det werden, der Verkehr auch bei sorgfältiger Unterscheidung eine begründete Zuordnung nicht treffen kann, vielmehr nur noch eine statistisch zufällige Zuordnung trifft. Bei lediglich verwechselbaren Zeichen oder der Benutzung für nur gleichartige Waren ist es jedoch möglich, daß einerseits ein für die Annahme der Verwechslungsgefahr ausreichender Teil der beteiligten Verkehrskreise die Zeichen verwechselt und andererseits ein beachtlicher oder nicht ganz unerheblicher Teil der beteiligten Verkehrskreise die für § 25 WZG erforderliche Verkehrsgeltung aufrecht erhält[1].

---

1) ebenso Reimer/Heydt, Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht 1966, 4. Aufl., 42. Kap., Rdz. 11 m. w. Nachw.

Die Auslegung des § 16 WZG

Die praktische Bedeutung der Bestimmung des § 16 WZG wird allein durch die Auslegung des Begriffs des "warenzeichenmäßigen Gebrauchs" bestimmt[1]. Eine weite Auslegung des Verbotes des warenzeichenmäßigen Gebrauchs entwertet die Berufung auf § 16 WZG weitgehend. Die nachfolgenden Erörterungen haben daher überwiegend die Auslegung des Begriffs des warenzeichenmäßigen Gebrauchs zum Gegenstand.

Die Entstehungsgeschichte des § 16 WZG ist für die Probleme der Auslegung nicht allzu aufschlußreich. Das Warenzeichengesetz vom 12. 5. 1894 enthielt folgenden, dem heutigen § 16 WZG entsprechenden § 13 WZG (von 1894): "Durch die Eintragung eines Warenzeichens wird niemand gehindert, seinen Namen, seine Firma, seine Wohnung, sowie Angaben über Art, Zeit und Ort der Herstellung, über die Beschaffenheit, über die Bestimmung, über Preis, Mengen- oder Gewichtsverhältnisse von Waren, sei es auch in abgekürzter Gestalt auf Waren, auf deren Verpackung oder Umhüllung anzubringen und derartige Angaben im Geschäftsverkehr zu gebrauchen." Das einschränkende Verbot des warenzeichenmäßigen Gebrauchs erschien erst in der Gesetzesfassung vom 5. 5. 1936. § 16 WZG (1936) unterscheidet sich von § 13 WZG (1894) durch den Hauptsatz als Beschränkung angefügten Zusatz: "..., sofern der Gebrauch nicht warenzeichenmäßig erfolgt." In der amtlichen Begründung[2] heißt es dazu, die Ergänzung am Schluß des § 16 WZG diene lediglich der Klarstellung und bezwecke keine sachliche Änderung. Der Gesetzgeber bestätigte mit der Neufassung vielmehr die von der Rechtsprechung des Reichsgerichts längst anerkannte Auslegung des alten § 13 WZG (1894)[3]. Da die Einschränkung des § 16 WZG durch das Verbot warenzeichenmäßigen Gebrauchs somit maßgeblich durch die Rechtsprechung herbeigeführt wurde, ist die Erörterung ihrer Entwicklung eher geeignet, das Dunkel um die Bedeutung des letzten Halbsatzes in § 16 WZG aufzuhellen.

---

1) Baumbach/Hefermehl, WZG 1969, 10. Aufl., § 16 Rdz. 4

2) BlPMZ 1936, 122

3) so auch das Reichsgericht, RG GRUR 39/642, 649 - Schlayland und RGZ 149/346

Ein Überblick über die Rechtsprechung zeigt, daß zwei hauptsächliche Beweggründe das Reichsgericht zur Beschränkung des § 13 WZG (1894) mittels Einführung des Verbotes des warenzeichenmäßigen Gebrauchs veranlaßt haben. Die Zweispurigkeit der Entwicklung entspricht dabei der inneren Gliederung des Tatbestandes des § 13 WZG (von 1894). Der Tatbestand des § 13 WZG - 16 WZG 1936 unterwarf zwei recht heterogene Tatbestandsgruppen einer einheitlichen Rechtsfolgenanordnung. Während es sich bei der ersten Tatbestandsgruppe um die Geltendmachung eines Namens- oder Firmenrechtes, mithin um die Ausübung eines subjektiv absoluten Ausschlußrechtes handelt, das dem Warenzeichen entgegentritt, bilden die Fälle der Verwendung der anschließend genannten Angaben des Allgemeingebrauchs eine davon deutlich unterschiedene Gruppe, da hier lediglich die Geltendmachung einer von der Rechtsordnung eingeräumten Befugnis nicht aber eines eigenen Ausschlußrechtes in Frage steht.

Von den beiden Tatbestandsgruppen hat zunächst die Geltendmachung eines Namens- oder Firmenrechtes gegenüber einem eingetragenen Warenzeichen Bedeutung als Beweggrund für die einschränkende Auslegung des § 13 WZG (1894) gewonnen. Wie erwähnt wurde durch die Erweiterung der Eintragungsfähigkeit von Warenzeichen von Bild auch auf Wortzeichen gemäß § 4 Abs. 2 Ziff. 1 WZG (1894) erstmals die Möglichkeit der Überschneidung von Warenzeichen und Firma (Name) nach dem äußeren Erscheinungsbild geschaffen. Erst dadurch wurde in nennenswertem Umfang die Möglichkeit der Kollision von Warenzeichen und Firma aktuell. Für das Verhältnis der älteren Firma und des jüngeren Warenzeichens stand das Reichsgericht ursprünglich auf dem Standpunkt, daß die ältere Firma durch den Gebrauch eines identischen oder ähnlichen Kennzeichens speziell eines Warenzeichens dann nicht beeinträchtigt werde, wenn es für den Durchschnittsverbraucher erkennbar nur der Warenbezeichnung diene[1]. Diese unhaltbare Rechtsprechung hat das Reichsgericht mitunter

---

1) RGZ 3/165; RGZ 22/58 - Faber; RGZ 38/80; dahingestellt in RGZ 48/233, 240 - Solinger Stahlwaren, wieder verneint in RGZ 87/147, 151 - Lanolin; RGZ 95/292, 294 - Birresborner Mineralbrunnen; RGZ 71, 265 - Stadtwappen; RGZ 91/350, 352 - Dierig für das Namensrecht

in älteren Urteilen später aber ganz allgemein aufgegeben[1]. Die anfängliche Rechtsprechung des Reichsgerichts blieb jedoch nicht ohne Folgen für die Auslegung des § 13 WZG (1894). Nach der Auffassung des Reichsgerichts konnte somit ein jüngeres Warenzeichen gegenüber einem älteren Firmenrecht wirksam zur Entstehung gelangen. Andererseits beeinträchtigt jedoch nach ständiger Rechtsprechung sowohl des Reichsgerichts wie des BGH umgekehrt der Gebrauch eines Warenzeichens als Firma die Rechte des Warenzeicheninhabers[2]. Um nun das jüngere, nach Auffassung des Reichsgerichts wirksam entstandene Warenzeichen gegenüber der älteren Firma zu schützen, hätte das Reichsgericht konsequenterweise die ältere Firma ganz verbieten müssen. Eine solche Konsequenz, die im übrigen auf der Verkennung des Prioritätsgrundsatzes und der Überschätzung der aus der Eintragung herrührenden Rechtsposition beruhte, zog das Reichsgericht jedoch nicht. In seiner älteren Rechtsprechung gestattete vielmehr das Reichsgericht die uneingeschränkte Weiterbenutzung der älteren Firma unter der Voraussetzung, daß sie schon vor der Eintragung des verwechselbaren Warenzeichens zur Warenbezeichnung Verwendung gefunden hatte[3]. Seit der Entscheidung Köhler ließ das Reichsgericht die Benutzung der älteren Firma auch für Waren zu, die erst nach Eintragung des Warenzeichens hergestellt oder vertrieben wurden[4]. Dies lief praktisch auf die Gewährung eines Vor- bzw. Weiterbenutzungsrechtes für die ältere Firma hinaus[5].

---

1) RG GRUR 1912/238, 239 - Voemel; GRUR 25/162 - Pioto; RGZ 109/213, 215 - Kwatta; GRUR 1926/394, 397 - Neuerburg; RGZ 117/215, 221, 222 - Eskimo Pie; JW 29/1203 - Axa; JW 30/1699 - Valvoline
2) RGZ 71/41, 43 - Atika; RGZ 100/266, 267 - Salem Aleikum; JW 24/1159 f - Constantinu; JW 24/1432, 1434 - Ulema; RGZ 110/234, 236 - Malzmann; JW 26/1155; GRUR 26/222, 223 - Schuhhof; GRUR 33/852, 855 - Epa; BGH GRUR 54/123, 124 - Auto Fox; GRUR 55/95, 96 - Buchgemeinschaft; GRUR 55/415, 416 - Artesan; GRUR 55/487, 488 - Alpha Sterilisator sowie GRUR 57/228 - Astrawolle und GRUR 57/433, 434 - Hubertus für Ausstattungsrechte
3) RGZ 56/417, 421 - Fritzelack; RGZ 64/63, 65 - Kayser
4) RGZ 90/88, 90 - Köhler
5) so Spengler, GRUR 53/160, 162

Später fand das Reichsgericht durch einschränkende Auslegung des § 13 WZG (1894) eine andere Lösung. Das Reichsgericht führte aus, daß die ältere Firma gegenüber einem jüngeren Warenzeichen nicht zu einem warenzeichenmäßigen Gebrauch ohne unterscheidende Zusätze berechtigt sei. Damit entnahm das Reichsgericht dem § 13 WZG (1894) eine zeichenrechtliche Kollisionsregelung zwischen älterer Firma und jüngerem Warenzeichen. Das Verbotsrecht der Firma sollte sich danach auf den firmenmäßigen, das des Warenzeichens auf den warenzeichenmäßigen Gebrauch erstrecken[1]. Diese Vorstellung, die offenbar auch dem Gesetzgeber bei der Formulierung des § 16 WZG (1936) sowie des § 16 Abs. 3 Satz 2 UWG vorschwebte, scheitert an der praktischen Undurchführbarkeit einer Abgrenzung zwischen firmenmäßigem und warenzeichenmäßigem Gebrauch[2]. Durch die Ausdehnung des Begriffs des warenzeichenmäßigen Gebrauchs in § 16 WZG mußte der Vorbehalt zu dem im Ergebnis zu einem Benutzungsverbot der älteren Firma gegenüber dem jüngeren Warenzeichen führen. Der BGH ließ deshalb mit Recht die kollisionsrechtliche Auslegung des § 16 WZG ganz fallen und entschied die Kollision von älterer Firma (Name) und jüngerem Warenzeichen grundsätzlich nach der Priorität[3]. Damit entfiel auch die Notwendigkeit der Heranziehung des § 16 WZG im Falle der Kollision der älteren Firma und des jüngeren Warenzeichens. § 16 WZG hat heute Bedeutung, ganz umgekehrt wie in der Rechtsprechung des Reichsgerichts, für die Kollision des älteren Warenzeichens und der jüngeren Namensfirma. Die aufgezeigte Entstehungsgeschichte erklärt auch die vom Standpunkt des Prioritätsgrundsatzes unerklärliche Formulierung des § 16 WZG, der nach seinem Wortlaut nicht zwischen der älteren und der prioritätsjüngeren Firma unterscheidet.

---

1) RGZ 110/237 - Malzmann; JW 29/3064, 3066 - Meyer Kaffee; RGZ 149/335, 345 - Kaisers Kaffeegeschäft; RG GRUR 39/642, 649 - Schlayland; Riehle, ZHR 128/33
2) von Gamm, WZG 1965, § 16 Rdz. 23
3) BGHZ 15/107, 110 - Koma; GRUR 55/481, 484 - Hamburger Kinderstube; BGHZ 18/1, 4 - Hückel; BGHZ 19/23 - Magirus; GRUR 58/302 - Lego; BGHZ 34/91 f - ESDE; BGHZ 34/345 - Cuypers; GRUR 61/535, 537 - arko

Während in der älteren Rechtsprechung der Begriff des warenzeichenmäßigen Gebrauchs hauptsächlich im Zusammenhang der Kollision von älterer Firma und jüngerem Warenzeichen entwickelt wurde, tritt später das Problem der Benutzung von Angaben des Allgemeingebrauchs in § 16 WZG in den Vordergrund. Dies ist wohl hauptsächlich darauf zurückzuführen, daß einerseits nach der Uralt-Entscheidung des Reichsgerichts[1] das Freihaltebedürfnis bezüglich der in Warenzeichen enthaltenen Allgemeinangaben bei der Verwechslungsgefahr nicht mehr voll zur Berücksichtigung gelangte und andererseits die Gesetzesänderung vom 5. 5. 1936 im § 4 Abs. 3 WZG die Eintragbarkeit von Angaben des Allgemeingebrauchs kraft Verkehrsgeltung brachte. Von ausschlaggebender Bedeutung ist, daß die Rechtsprechung den für die Kollision von älterer Firma und jüngerem Warenzeichen entwickelten Begriff des warenzeichenmäßigen Gebrauchs auch auf die Fälle der Verwendung von Angaben des Allgemeingebrauchs übertrug. So formuliert das Reichsgericht in der Entscheidung vom 22. 11. 1935 "Vermenschlichte Kaffeekanne"[2], die die Berufung auf eine Bestimmungsangabe betraf: "Warenzeichenmäßiger Gebrauch liegt vor, wenn das Zeichen im geschäftlichen Verkehr derart verwendet wird, daß der unbefangene Durchschnittsverbraucher annimmt, oder doch annehmen kann, das Zeichen diene zur Unterscheidung der Ware von gleichen oder gleichartigen Waren anderer Herkunft, weise also auf ihren Ursprung aus einem bestimmten Geschäfte hin." Einen ähnlichen Sachverhalt betraf das Urteil Bénédictine[3], in dem sich der Beklagte gegenüber dem Warenzeichen bénédictine auf die Möglichkeit der Verwendung der Beschaffenheitsangabe Benediktineressenz berief.

In der Rechtsprechung des BGH überwiegen schließlich die Fälle der Berufung auf den Gebrauch von Angaben des Allgemeingebrauchs entsprechend der zunehmenden Bedeutung der mit diesen gebildeten Warenzeichen immer mehr[4]. Die neuere Rechtsprechung des BGH schränkt allerdings im

---

1) RG GRUR 27, 480

2) RGZ 149 335, 342

3) RG GRUR 33, 578, 579

4) z. B. Kabelkennstreifen BGHZ 8 202, 206; Luxus BGH GRUR 55/485; Vorrasur Nachrasur GRUR 59/130; Teekanne GRUR 59 599; personifizierte Kaffeekanne GRUR 64/71; Kaffeetafelrunde GRUR 64 385; Praliné GRUR 68 365

Ergebnis die Annahme warenzeichenmäßigen Gebrauchs ein, ohne aber den Ausgangspunkt zu verlassen, daß für das gesamte Warenzeichenrecht derselbe Begriff des warenzeichenmäßigen Gebrauchs gelte. So wurde die in einem Werbeprospekt enthaltene Darstellung einer personifizierten Kaffeekanne nicht als warenzeichenmäßiger Gebrauch eines Warenzeichens mit ähnlichem Motiv angesehen[1]. In einem ähnlich gelagerten Fall verneinte der BGH warenzeichenmäßigen Gebrauch bei der Abbildung einer Kaffeetafelrunde, der der Warennahme Vox beigefügt worden war[2]. Sehr weitgehend verneinte schließlich der BGH warenzeichenmäßigen Gebrauch bei der auffälligen Anbringung des Wortes Praliné auf der Verpackung von Schokolade mit Pralinencharakter gegenüber einem verwechselbaren Warenzeichen mit dem Wortbestandteil Praliné[3]. Dieser Rechtsprechung fehlt meines Erachtens die innere Überzeugungskraft, solange der BGH die ausserhalb des Rahmens des § 16 WZG zur Festlegung des Schutzumfangs des Warenzeichens gemäß § 15 WZG entwickelten Grundsätze nicht aufgibt. Hier ist insbesondere an den schon vom Reichsgericht aufgestellten und vom BGH übernommenen Grundsatz der Vermutung des warenzeichenmässigen Gebrauchs zu denken[4]. Die Vermutung warenzeichenmäßigen Gebrauchs scheint für den Tatbestandsbereich des § 16 WZG in der Rechtsprechung keine praktische Bedeutung mehr zu haben.

Auch in der Literatur ist bei aller Verschiedenheit der Ergebnisse im einzelnen der Ansatz der Rechtsprechung überwiegend gebilligt worden, daß sowohl im § 16 WZG wie im § 15 WZG derselbe weit gefaßte Begriff des warenzeichenmäßigen Gebrauchs gilt. Auf diesem Standpunkt stehen insbesondere die führenden Kommentare[5]. Für die synonyme Auslegung

---

1) BGH GRUR 64/71
2) BGH GRUR 64/385
3) BGH GRUR 68/365
4) RGZ 149/335, 343 - Vermenschlichte Kaffeekanne; BGH GRUR 61/280 - Tosca
5) Reimer/Trüstedt, WZG 1966, 4. Aufl., 19. Kap., Rdz. 3; von Gamm, WZG 1965, § 16 Rdz. 5; bei Baumbach/Hefermehl, WZG 1969, 10. Aufl., § 16 Rdz. 12, heißt es, die Grenze zwischen einer zeichenmäßigen und einer deskriptiven Angabe sei flüssig, eine befriedigende Abgrenzung wird aber nicht geboten.

der Begriffe in § 15 und § 16 WZG spricht sich insbesondere Wilde[1] und ihm folgend Tilmann[2] aus. Auch Utescher hält eine Trennung des Begriffs des warenzeichenmäßigen Gebrauchs in § 15 WZG und § 16 WZG nicht für möglich[3]. Ohne grundsätzliche Kritik finden sich Bedenken gegen die weite Auslegung des warenzeichenmäßigen Gebrauchs bei von Falck[4], Harder[5], Wipprecht[6], Bußmann[7] sowie Zeller[8]. Grundsätzlich anderer Auffassung in Richtung einer restriktiven Auslegung des Begriffs des warenzeichenmäßigen Gebrauchs in § 16 WZG ist dagegen Heydt[9].

Auch die Anhänger einer synonymen Auslegung des warenzeichenmäßigen Gebrauchs in § 15 und § 16 WZG sind gezwungen, eine Einschränkung für den Fall der Verwendung des bürgerlichen Namens in der jüngeren Firma zu machen[10].

Kritik an der Auslegung des Begriffs des warenzeichenmäßigen Gebrauchs in § 16 WZG

Die Schwierigkeiten bei der Auslegung des Begriffs des warenzeichenmäßigen Gebrauchs in § 16 WZG beruhen großenteils darauf, daß das Reichsgericht unterschiedslos denselben Begriff auch für die Abgrenzung des Schutzumfangs des Warenzeichens nach § 15 verwendete. Dadurch vermengte das Reichsgericht die gänzlich verschieden gelagerten Tatbestände des § 15 WZG und § 16 WZG. Dies sei an einigen Urteilen der Rechtsprechung nachgewiesen.

---

1) GRUR 68 485
2) GRUR 68 626
3) Utescher, Diss. Hamburg 1958, S. 114
4) GRUR 64/381 - Anmerkung zur Eppeleinsprung
5) GRUR 64/299, 301
6) WRP 1961 145
7) Mitteilungen 1959/269, 270
8) GRUR 54/152, 153
9) Reimer/Heydt, WZG 1966, 4. Aufl., 42. Kap., Rdz. 2 sowie GRUR 66/679, Anm. zur shortening-Entscheidung
10) Baumbach Hefermehl, WZG, 10. Aufl., 1969, § 16 Rdz. 9; Reimer Trüstedt, WZG 1966, 4. Aufl., 19. Kap., Rdz. 13; Spengler, GRUR 53 160; Wilde, GRUR 68/477, 484

Das Urteil des Reichsgerichts vom 12. 7. 1901[1] betraf einen Fall, in dem einem klagenden Wort- und Bildzeichen Valvoline ein Wort- und Bildwarenzeichen Valvoline mit einem abweichenden Adlerbild gegenüberstand. Die Begründung des Reichsgerichts "der Warenzeicheninhaber habe jenes Verbotsrecht nur gegen warenzeichenmäßigen Gebrauch" im Umfang der §§ 12 und 20, heute 15, 31 WZG, zeigt, daß es sich nicht um eine Fallgestaltung des § 16 WZG handelte. Das gilt meines Erachtens auch für das bekannte Urteil vom 25. 3. 1919 Pfaff[2], in dem das Reichsgericht zuerst jene später oft wiederholte Formulierung des Begriffs des warenzeichenmäßigen Gebrauchs gab: "Daß bei einem Wortzeichen jede Verwendung des geschützten Wortes als warenzeichenmäßige Verwendung anzusehen ist, es sei denn, daß die Art und Weise der Ankündigung auch den unbefangenen Durchschnittsverbraucher klar und unzweideutig erkennen läßt, es handle sich um eine bloße Beschaffenheitsangabe und um eine andere Ware als die des Zeicheninhabers". Das Urteil betraf den Fall, daß jemand Nähnadeln mit folgendem Text anbot: "Geprüfte Nadeln von Leo Lammertz zur Pfaff (hervorgehoben) Nähmaschine". Im Urteil vom 5. 7. 1927 Lysol[3] erörterte und verneinte das Reichsgericht die Frage, ob das Unterlassen des Hinweises in einem Konversationslexikon, daß es sich um ein Warenzeichen handle, warenzeichenmäßiger Gebrauch sei. Das Urteil vom 14. 2. 1928[4] erörtert die Frage, ob die Benutzung eines Warenzeichens durch einen Konkurrenten für Ersatzteile eigenen Fabrikats bestimmt für Maschinen des Zeicheninhabers eine warenzeichenmäßige Benutzung des Warenzeichens sei. Das Urteil vom 1. 10. 1937[5] wertet die plastische Nachbildung eines Warenzeichens mit einer Kaffeemühle als warenzeichenmäßig, ebenso das Urteil vom 24. 5. 1939[6] eine körperliche Nachbildung eines Warenzeichens als Beleuchtungskörper. Das Urteil vom 8. 1. 1938[7] erörtert den Gebrauch auf einer Weinkarte jedoch nicht als Sortenbezeichnung. Im Urteil vom 17. 6. 1939[8] wird die

---

1) RGZ 49/52, 56 - Valvoline
2) RGZ 95/209, 211
3) RGZ 117/408
4) RG GRUR 1928/394
5) RG GRUR 37/1101, 1104
6) RG GRUR 39/798 - Grieneisen
7) RG GRUR 38/348, 349 - Wein eingefangener Sonnenschein
8) RG GRUR 39/919 - Holstentor

Nachbildung eines im Warenzeichen geschützten Bauwerks auf einer Marzipantorte nicht als warenzeichenmäßig angesehen. Das Urteil vom 10. 4. 1940[1] verneint warenzeichenmäßigen Gebrauch bei der Benennung von ärztlichen Instrumenten in einem Bestellkatalog mit dem auch als Warenzeichen geschützten Namen des Erfinders. Das Urteil Torpedo[2] schließlich erörtert die Grenzen des warenzeichenmäßigen Gebrauchs bei der Bestimmung des Verwendungszwecks von Ersatzteilen.

Den angeführten Urteilen ist ganz überwiegend gemeinsam, daß sie überhaupt nicht die Fallgestaltung des § 16 WZG aufweisen. Das übersieht meines Erachtens auch Wilde[3]. Gegenüber dem Warenzeichen werden weder eigene Namens- oder Firmenrechte, noch die Befugnis zur Verwendung von Angaben des Allgemeingebrauchs geltend gemacht. Soweit Warenzeichen zur Bestimmung des Zwecks von Ersatzteilen oder Zubehörstükken Verwendung finden, handelt es sich ebenfalls nicht um die typische Fallgestaltung des § 16 WZG, die nur vorliegt, wenn das Warenzeichen selbst die Bestimmungsangabe enthält. Das grundlegende Pfaff-Urteil[4] betraf z. B. weder den Fall, daß der Benutzer ein eigenes Namens- oder Firmenrecht geltend machen konnte, er hieß Lammertz, noch den Fall, daß es sich bei dem Warenzeichen um eine Angabe des Allgemeingebrauchs handelte, die dem Benutzer offenzuhalten war, somit um eine reine Frage der Festlegung des Schutzumfangs des Warenzeichens nach § 15 WZG. Im Rahmen des § 15 WZG ist das Bestreben der Rechtsprechung anzuerkennen, den Bereich zeichenmäßigen Gebrauchs so weit zu ziehen, daß er alle Fälle möglicher Verwechslungsgefahr erfassen kann. Mit Recht wird der Begriff der zeichenmäßigen Verwendung deshalb im Interesse eines wirksamen Zeichenschutzes von Rechtsprechung und Lehre weit ausgelegt, so daß z. B. im Rahmen des § 15 WZG eine Vermutung für warenzeichenmäßige Benutzung besteht[5]. Dabei ist anzumerken, daß der Begriff des zeichenmäßigen Gebrauchs in § 15 WZG an der Entwicklung der Rechtsprechung zur Verwechslungsgefahr teilhat, indem die Aus-

---

1) RG GRUR 40/366, 368 - Sauerbruch
2) RG GRUR 41/117
3) Wilde, GRUR 68/479
4) RGZ 95/209, 211
5) RGZ 117/410; RGZ 149/335; BGH GRUR 61/280, 281 - Tosca

dehnung des Begriffs der Verwechslungsgefahr auch dem Bereich des zeichenmäßigen Gebrauchs in § 15 WZG hinausschieben mußte. Kritik muß jedoch die stillschweigende Übertragung dieses weitgefaßten Begriffs des warenzeichenmäßigen Gebrauchs aus § 15 WZG ohne weitere Begründung auf die gänzlich anders gelagerten Fälle des § 16 WZG finden.

Gegen die synonyme Auffassung der Begriffe des warenzeichenmäßigen Gebrauchs in § 15 und § 16 WZG spricht zunächst schon der Wortlaut. Im Hauptsatz des § 16 WZG werden dem Benutzer einer Allgemeinangabe gerade diejenigen Verwendungsarten gestattet, die fast wörtlich gleichlautend den Umfang des Verbotsrechts in § 15 WZG ausmachen. Es ist deshalb vollkommen sinnwidrig, das Verbotsrecht des Zeicheninhabers in den genannten Fallgestaltungen zunächst im Hauptsatz des § 16 WZG auszuschließen, um im Nebensatz mit der Einschränkung des Verbots warenzeichenmäßigen Gebrauchs die im Hauptsatz eingeräumten Befugnisse vollständig wieder zu beseitigen. § 16 WZG kann nicht mit der einen Hand Rechte einräumen und sie mit der anderen Hand wieder entziehen[1]. Auf diese Konsequenz muß aber die unterschiedslose Auslegung des Begriffs des warenzeichenmäßigen Gebrauchs in § 15 und § 16 WZG hinauslaufen. § 16 WZG ist deshalb auch von geringer praktischer Bedeutung, nach der Auffassung der Rechtsprechung und der herrschenden Lehre drückt er lediglich mit einem Pleonasmus das aus, was sich auch aus § 15 WZG ergibt, nämlich das Verbot des warenzeichenmäßigen Gebrauchs eines Warenzeichens[2]. Auch der Versuch, dem § 16 WZG dadurch eine gewisse Selbständigkeit einzuräumen, "daß im Rahmen von § 16 WZG die nicht warenzeichenmäßige Benutzung als Regel und in § 15 WZG als Ausnahme" aufgestellt wird, kann daran nichts ändern[3]. Eine echte Beweislastregel zugunsten nicht warenzeichenmäßigen Gebrauchs in § 16 WZG nützt dem Benutzer wenig, solange die Rechtsprechung wie für § 15 WZG auch berechtigt ist, in § 16 WZG allein auf die Verkehrsauffassung abstellt. Diese ist durch das Mittel der Meinungsbefragung objektiv feststellbar, wäh-

---

1) Baumbach/Hefermehl, WZG 1969, 10. Aufl., § 16 Anm. 9
2) Baumbach/Hefermehl, WZG 1969, 10. Aufl., § 16 Rdz. 4 und 22; Reimer/Trüstedt, WZG, 19. Kap., Rdz. 3; von Gamm, WZG 1965, § 16 Rdz. 5 und 18
3) so aber Wilde, GRUR 68/483

rend es auf die schwerer nachweisbare Absicht des Benutzers, für die allein eine Beweislastregel Bedeutung hätte, nicht ankommt. Soweit eine echte Umkehr der Beweislast nicht gemeint ist (das Zitat spricht es nicht klar aus), drückt das Regel-Ausnahmeverhältnis lediglich die Tatsache aus, daß bei den von § 16 WZG betroffenen Warenzeichen (Verwendung von Namen, Allgemeinangaben) der Schutzbereich nach § 15 WZG kleiner ist und demgemäß auch die Berufung auf § 16 WZG weitergehend möglich ist. An der Feststellung der Bedeutungslosigkeit des § 16 WZG gegenüber § 15 WZG vermag dieser Auslegungsversuch jedenfalls nichts zu ändern.

Aber selbst wenn man von der durch die Gleichsetzung der Begriffe des warenzeichenmäßigen Gebrauchs in § 15 und § 16 WZG bewirkten Bedeutungslosigkeit des § 16 WZG absieht, bleiben erhebliche materielle Bedenken. Der BGH verwendet im Anschluß an die Rechtsprechung des Reichsgerichts gewöhnlich folgenden Begriff des warenzeichenmäßigen Gebrauchs: "Warenzeichenmäßiger Gebrauch ist dann anzunehmen, wenn eine Bezeichnung im geschäftlichen Verkehr zur Kennzeichnung von Waren derart verwendet wird, daß der Durchschnittsverbraucher annehmen kann, die Bezeichnung diene zur Unterscheidung der so gekennzeichneten Waren von gleichen oder gleichartigen Waren anderer Herkunft[1]. Der vom BGH verwendete Begriff des warenzeichenmäßigen Gebrauchs läßt sich nicht von der Prüfung der Verwechslungsgefahr trennen. Die Berufung auf § 16 WZG und der Gegeneinwand der warenzeichenmäßigen Verwendung setzen die Feststellung von Verwechslungsgefahr bereits voraus, denn außerhalb der Verwechslungsgefahr ist das Warenzeichen ohnehin nicht geschützt (vom Schutz gegen Verwässerungsgefahr sei hier abgesehen). Ist die Verwechslungsgefahr aber festgestellt, dann ist jedenfalls nach der Formel des BGH auch die Annahme warenzeichenmäßigen Gebrauchs unausweichlich. Die konkrete Prüfung der Verwechslungsgefahr erfordert als Voraussetzung nämlich bereits notwendig die abstrakte Bejahung der Frage, ob die Bezeichnung vom Durchschnittsverbraucher überhaupt so aufgefaßt werde, daß sie

---

1) BGHZ 8/202, 206 - Kabelkennstreifen; GRUR 55/484, 485 - Luxor; GRUR 59/130, 132 - Vorrasur Nachrasur; BGHZ 30/357, 374 - Nährbier; GRUR 60/126, 128 - Sternbild; GRUR 61/280, 281 - Tosca; GRUR 62/647 - Strumpfzentrale; GRUR 64/385, 386 - Kaffeetafelrunde; GRUR 68/365 - Praliné

zur Unterscheidung der so gekennzeichneten Waren von gleichen oder gleichartigen Waren anderer Herkunft diene. Die Definitionen der beiden Begriffe stimmen in der Rechtsprechung in ihren wesentlichen Merkmalen vollständig überein, insbesondere wird in beiden auf die Verkehrsauffassung abgestellt[1]. Ein anschauliches Beispiel für die Vermengung der Prüfung der Verwechslungsgefahr und der warenzeichenmäßigen Benutzung bietet die Entscheidung des BGH Hubertus[2]. In dieser Entscheidung spricht der BGH aus, daß beim Vorliegen von Verwechslungsgefahr auch ein zeichenmäßiger Gebrauch zu bejahen und umgekehrt beim Fehlen der Verwechslungsgefahr ein zeichenmäßiger Gebrauch zu verneinen sei.

Ernster wiegt jedoch das Bedenken, daß die Gleichsetzung der Begriffe des warenzeichenmäßigen Gebrauchs in § 15 und § 16 WZG, speziell wegen der weiten Auslegung, eine einheitliche Anwendung auf die beiden Fallgruppen des § 16 WZG ausschließt. Es wurde bereits ausgeführt, daß in der Geltendmachung eines Namens- oder Firmenrechts die Ausübung eines subjektiv absoluten Ausschlußrechtes liegt, das dem Warenzeichen entgegentritt, während die Verwendung der anschließend genannten Angaben des Allgemeingebrauchs nur die Geltendmachung einer von der Rechtsordnung eingeräumten Befugnis, nicht aber eines eigenen Ausschlußrechtes betrifft. Die an § 15 WZG orientierte Auslegung des Begriffs des warenzeichenmäßigen Gebrauchs mag hinsichtlich der damit verbundenen Bedeutungslosigkeit des § 16 WZG insoweit hingenommen werden, als es sich um die Verwendung der in der Bestimmung aufgeführten Angaben des Allgemeingebrauchs handelt. Gegenüber der Geltendmachung eines Namens- oder Firmenrechtes jedoch führt die erwähnte Auslegung zu unüberwindlichen Schwierigkeiten für die Rechtsanwendung und praktisch zu einer Spaltung des Tatbestandes in zwei Hälften. Bei der Erörterung der Entstehungsgeschichte des § 16 WZG wurde gezeigt, daß die Einführung des Verbots des warenzeichenmäßigen Gebrauchs in § 13 WZG (1894) der Rechtsprechung ursprünglich dazu diente, das nach Auffassung des Reichsgerichts wirksam entstandene jüngere Warenzeichen vor der unbeschränkten Weiterbenutzung der älteren Firma zu schützen. Die Auslegung des

---

1) zur Verwechslungsgefahr Baumbach/Hefermehl, WZG 1969, 10. Aufl., § 31 Anm. 19, 23

2) GRUR 57/433, 434

§ 13 WZG als echte Kollisionsnorm hätte aber vorausgesetzt, daß das Reichsgericht sich ernsthaft um die Abgrenzung des warenzeichenmäßigen und des firmenmäßigen Gebrauchs bemüht hätte. In der späteren Rechtsprechung des Reichsgerichts erfuhr die an § 12 WZG (1894) orientierte und auf § 13 WZG (1894) übertragene Auslegung des warenzeichenmäßigen Gebrauchs eine solche Ausdehnung, daß eine Abgrenzung nicht mehr möglich war. Schon vor der Sanktionierung der Rechtsprechung des Reichsgerichts in der Neufassung des § 16 WZG vom 5. 5. 1936 überdeckte der warenzeichenmäßige Gebrauch praktisch den gesamten relevanten Bereich des firmenmäßigen Gebrauchs mit Ausnahme des Gebrauchs für Dienstleistungen. Angesichts etwa der Entscheidung vom 22. 11. 1935 vermenschlichte Kaffeekanne[1], in der der Gebrauch einer warenzeichenrechtlich geschützten Kaffeekanne mit menschlichen Zügen sowie Tassen in einem Werbefilm für andere Produkte als warenzeichenmäßiger Gebrauch angesehen wurde, liegt es auf der Hand, daß ein derart weit gefaßter Begriff des warenzeichenmäßigen Gebrauchs im Rahmen des § 13 (1894) = § 16 (1936) praktisch zum Verbot der Benutzung der älteren Firma gegenüber dem jüngeren Warenzeichen führen mußte. Dieser Folgerung ist die Rechtsprechung des BGH allerdings dadurch entgangen, daß sie den Ausgangspunkt der reichsgerichtlichen Rechtsprechung fallen ließ und die Kollision von Warenzeichen und Firma grundsätzlich nach der Priorität entschied[2]. Damit entnimmt die Rechtsprechung des BGH dem § 16 WZG zu Recht keine zeichenrechtliche Kollisionsregelung mehr. Der Anwendungsbereich des § 16 WZG ist im Verhältnis von Warenzeichen und Firma (Name) vielmehr in krassem Gegensatz zur Rechtsprechung des Reichsgerichts auf die Entscheidung über die Berechtigung der Führung des eigenen Namens in der jüngeren Firma geschrumpft. Aber auch in diesem reduzierten Anwendungsbereich bestehen die durch die Übernahme des weit gefaßten Begriffs der warenzeichenmäßigen Verwendung aus § 15 WZG in § 16 WZG verursachten Schwierigkeiten weiter. Um nicht zu einem Verbot der Führung des eigenen Namens in der jüngeren Firma zu kommen, ist die Rechtsprechung und ihr folgend die Lehre gezwungen, den Begriff des warenzeichenmäßigen Gebrauchs insoweit modifiziert, nämlich eingeschränkt aus-

---

1) RGZ 149/335, 342, 343

2) BGHZ 15/107, 110 - Koma; BGH GRUR 58/547 - Colonia

zulegen[1]. Obwohl diese einschränkende Auslegung im Ergebnis zu begrüssen ist, muß sie doch den Einwand hervorrufen, daß die Einheitlichkeit des Begriffs innerhalb des Tatbestands des § 16 WZG doch nicht aufrechtzuerhalten ist, dieser vielmehr hinsichtlich der Rechtsanwendung in zwei Hälften zerfällt. Schließlich ist als ernstester Einwand gegen die Gleichsetzung der Begriffe zeichenmäßiger Gebrauch in § 15 WZG und warenzeichenmäßiger Gebrauch in § 16 WZG die unzureichende Berücksichtigung des Allgemeininteresses gegenüber dem Individualinteresse des Warenzeicheninhabers zu rügen. Die weite Auslegung des einschränkenden Nebensatzes in § 16 WZG hat dazu geführt, daß diese Bestimmung in keiner Weise ihre Funktion zu erfüllen vermag, das Spannungsverhältnis zwischen den Interessen des Warenzeicheninhabers an ausschließlicher und dem Allgemeininteresse an zumindest beschränkter Benutzung eines Zeichens auszugleichen. Das ließe sich nur hinnehmen, wenn Allgemeininteresse und Individualinteresse an anderer Stelle im Warenzeichengesetz befriedigend abgewogen wären. Da die Bedeutung und Tragweite einer Bestimmung nicht isoliert, sondern nur im Verhältnis zur sinnverwandten Regelung beurteilt werden kann, ist kurz auf die Entwicklung von Rechtsprechung und Gesetzgebung zur Eintragungsfähigkeit einerseits und zur Verwechslungsgefahr andererseits einzugehen, die ebenfalls die Abgrenzung zwischen Interessen des Einzelnen und der Allgemeinheit zum Gegenstand haben. Ein kurzer Überblick über die Entwicklung zeigt, daß auch insoweit das Allgemeininteresse gegenüber der Berücksichtigung des Individualinteresses in verschiedener Hinsicht mehr und mehr in den Hintergrund gedrängt wurde.

Was zunächst die Regelung der Eintragungsfähigkeit betrifft, so brachte erst das Warenzeichengesetz von 1894 die Überschneidung von Warenzeichen und Firma nach dem äußeren Erscheinungsbild. Die Interessen der Allgemeinheit an der Verwendung von Angaben des Allgemeingebrauchs waren damals durch die Einführung des dem § 16 WZG entsprechenden § 13 WZG (1894) gewahrt, der ohne Gegenausnahme eines Verbots warenzeichenmäßigen Gebrauchs die freie Benutzung sicherte. Außerdem waren derartige Angaben ausnahmslos von der Eintragung ausgeschlossen

---

1) Baumbach/Hefermehl, WZG 1969, 10. Aufl., § 16 Rdz. 9; Reimer/Trüstedt, 1966, 4. Aufl., 19. Kap., Rdz. 19; von Gamm, WZG 1965 § 16 Rdz. 25; Wilde, GRUR 68/477, 484; Heydt, GRUR 66/679

gemäß § 4 Abs. 2 Ziff. 1 WZG (1894). Die Rechtsprechung unterstützte ihrerseits das Ineinandergreifen der Bestimmungen zur Eintragungsfähigkeit und zur Beschränkung der Schutzwirkung noch dadurch, daß sie, soweit an sich schutzunfähige Bestandteile in Kombinationszeichen zur Eintragung gelangten, diese Bestandteile bei der Prüfung der Verwechslungsgefahr unberücksichtigt ließ und damit durch Beschränkung des Schutzumfangs das Freihaltebedürfnis der Allgemeinheit zur Geltung brachte.

In der Folgezeit sind, sowohl bezüglich der Eintragungsfähigkeit als auch der Verwechslungsgefahr die Individualinteressen des Warenzeicheninhabers immer stärker zur Berücksichtigung gelangt, das Freihaltebedürfnis dagegen zurückgedrängt worden. Während sich die Bestimmungen des § 4 Abs. 2 WZG und des § 13 WZG auch nach der Gesetzesänderung vom 7. 12. 1923 noch vollständig entsprechen, erfolgt ein neuer Einbruch in das Spannungsverhältnis von Einzelinteresse und Allgemeininteresse zu Lasten des Letzteren durch die Entwicklung der Rechtsprechung zur Verwechslungsgefahr. Im Uralt-Urteil[1] gibt das Reichsgericht seine frühere Rechtsprechung auf, daß schutzunfähige Bestandteile bei der Prüfung der Verwechslungsgefahr überhaupt nicht zu berücksichtigen seien und stellt stattdessen nur noch auf die Verkehrsgeltung des Bestandteils ab. Der BGH hat diese Rechtsprechung übernommen[2]. Das Freihaltebedürfnis konnte fortan bei der Prüfung der Verwechslungsgefahr keine genügende Berücksichtigung mehr finden.

Die Neufassung des Warenzeichengesetzes vom 5. 5. 1936 bringt schließlich erneut eine Verlagerung zu Lasten des Freihaltebedürfnisses. Einerseits erlangten nunmehr nicht nur angelehnte oder mit schutzfähigen Bestandteilen gekoppelte Angaben des Allgemeingebrauchs, sondern gemäß § 4 Abs. 2 Ziff. 1 i. V. m. § 4 Abs. 3 WZG auch glatte Angaben des Allgemeingebrauchs Eintragungsfähigkeit für den Fall der Erlangung von Verkehrsgeltung als Kennzeichen der Waren des Anmelders. Auch die neuere Rechtsprechung des BGH ist nicht dazu angetan, das Freihaltebedürfnis der Allgemeinheit an Angaben des Allgemeingebrauchs zum Tragen zu bringen.

---

1) RG GRUR 27/480

2) BGHZ 42/307, 311 - derma; Baumbach/Hefermehl, WZG 1969, 10. Aufl., § 31 Anm. 60, 62; Reimer-Trüstedt, WZG 4. Aufl., 1966, 15. Kap., Rdz. 15; von Gamm, WZG 1965, § 31 Rdz. 41

In der Polymar-Entscheidung[1] hat der BGH mit der Praxis des Patentamts gebrochen, das Freihaltebedürfnis der Allgemeinheit im Widerspruchsverfahren zu berücksichtigen. Der BGH führt aus: "Im Widerspruchsverfahren kann der Anmelder nicht mit dem Einwand gehört werden, der Widersprechende müsse die Gefahr einer Herkunftstäuschung wegen eines Freihaltebedürfnisses der Allgemeinheit hinnehmen." Der BGH begründet dies mit dem Zusammenhang der Bestimmungen des WZG, das dem Widerspruchsverfahren nur die Prüfung der Zeichenübereinstimmung, nicht auch eines Freihaltebedürfnisses zuweise. In der Shortening-Entscheidung[2] spricht der BGH aus, "daß bei Warenzeichen, die an eine beschreibende Angabe, insbesondere an einen Fachausdruck angelehnt sind, nicht der Grundsatz gelte, daß mit Rücksicht auf ein allgemeines Freihaltebedürfnis Verwechslungsgefahren in Kauf zu nehmen seien. In der Fe-Entscheidung[3] bekräftigt der BGH seine Auffassung aus der Polymar- und der Shortening-Entscheidung für den Sonderfall, daß das Widerspruchszeichen zwar nicht für die eingetragenen Waren, aber für die gleichartigen Waren eines Anmelders nicht eintragungsfähig ist. Die vorgenannten Entscheidungen runden das Gesamtbild ab, daß weder über die Bestimmungen der Eintragungsfähigkeit noch über die Prüfung der Verwechslungsgefahr eine ausreichende Berücksichtigung des Freihaltebedürfnisses erreicht werden kann. Bei der Prüfung der Verwechslungsgefahr nach § 31 WZG kann das Freihaltebedürfnis meines Erachtens auch nicht befriedigend mitberücksichtigt werden, da die Bestimmung keinerlei Hinweis über Art und Ausmaß der in Kauf zu nehmenden Verwechslungsgefahr bietet, so daß die Gefahr größter Rechtsunsicherheit in der Beurteilung entstünde. Außerdem müßte die Berücksichtigung des Freihaltebedürfnisses in diesem Punkt zur Aufgabe des Prinzips der Maßgeblichkeit der Verkehrsauffassung führen, womit die einheitliche Auslegung des Begriffs der Verwechslungsgefahr im gesamten Kennzeichenrecht unmöglich würde. Die Rechtsprechung des Reichsgerichts und des BGH erscheint deshalb insoweit auch gerechtfertigt.

In jüngster Zeit scheint die Rechtsprechung das Freihaltebedürfnis wieder stärker bei der Prüfung der Eintragungsfähigkeit in den Vordergrund zu rücken. In der Polyestra-Entscheidung vom 22. 5. 1968[4] führt der BGH

---

1) BGH GRUR 63/630, 632

2) BGH GRUR 66/676

3) BGH GRUR 68/414 - Fe

4) GRUR 68/694; im Ergebnis zustimmend Heydt, GRUR 68/695, 696

aus: "Das Eintragungsverbot des § 4 Abs. 2 Ziff. 1 WZG erfaßt auch solche Bezeichnungen, die klanglich oder bildlich mit einem noch nicht allgemein bekannten, freizuhaltenden Fachausdruck ohne weiteres verwechselbar sind, sofern bereits im Eintragungszeitpunkt feststeht, daß die Eintragung dieser Bezeichnung ihrem Inhaber die Möglichkeit gäbe, Mitbewerbern die uneingeschränkte beschreibende Verwendung des Fachausdrucks zu untersagen. Meines Erachtens bleibt trotz dieser an sich begrüßenswerten Entscheidung das Eintragungsverfahren ein recht stumpfes Schwert gegen die Eintragung freizuhaltender bzw. angelehnter Bezeichnungen. Dabei mag zunächst das Bedenken einmal zurückstehen, daß der BGH sich über den Wortlaut des § 4 Abs. 2 Ziff. 1 WZG hinwegsetzt, der fordert, daß das Warenzeichen "ausschließlich aus" besteht. Bedenklicher stimmt dagegen, daß die Rechtsprechung nunmehr mit dem Begriff des "ohne weiteres verwechselbaren" einen neuen Ähnlichkeitsbegriff in das Warenzeichenrecht einführt. Es ist aber auch zu bezweifeln, daß es mit dieser Erweiterung des § 4 Abs. 2 Ziff. 1 WZG zu einer wirksamen Berücksichtigung des Freihaltebedürfnisses kommt. In den neuerdings sich häufenden Fällen, daß die freizuhaltende Angabe wohl für den Fachmann, nicht aber für den Verbraucher als solche erkennbar ist, wird es dem Anmelder leicht gelingen, die Eintragung über die Erlangung der Verkehrsgeltung durchzusetzen. § 4 Abs. 3 WZG. In den maßgeblichen Verbraucherkreisen kann das angelehnte Zeichen leicht durchgesetzt werden, gerade weil die häufig verwendeten technischen oder fremdsprachlichen Fachbezeichnungen dem Abnehmer besonders individuell erscheinen. Insoweit nützt dann auch die Steigerung der Anforderungen an das Maß der Verkehrsgeltung entsprechend der Nährbier-Entscheidung[1] wenig. Ich kann daher dem Optimismus von Wilde[2] nicht zustimmen, daß nunmehr das Freihaltebedürfnis im Anmelde- und Widerspruchsverfahren ausreichend berücksichtigt werden könne.

Lösungsmöglichkeit für die Auslegung des Begriffs des warenzeichenmäßigen Gebrauchs in § 16 WZG

Zunächst ist der Anwendungsbereich des § 16 WZG von dem des § 15 WZG abzugrenzen. Wie bereits gezeigt, liegt der entscheidende Nachteil der

---

1) BGHZ 30/357, 363

2) GRUR 68/477, 481, 483

Rechtsprechung in der stillschweigenden Gleichsetzung der Begriffe des zeichenmäßigen Gebrauchs in § 15 WZG und des warenzeichenmäßigen Gebrauchs in § 16 WZG. Diese Auslegung macht § 16 WZG praktisch wertlos, weil der Vorbehalt der Rechte des Zeicheninhabers damit in § 16 WZG genauso weit reicht wie in § 15 WZG. Es ist deshalb zunächst erforderlich, die Tatbestände voneinander abzugrenzen. Dabei zeigt sich, daß in beiden Bestimmungen gänzlich verschiedene Gruppen von Warenzeichen angesprochen sind. Während in § 15 WZG der Schutzumfang des individuellen Warenzeichens in Frage steht, findet § 16 WZG überhaupt nur auf solche Warenzeichen Anwendung, die entweder unter Verwendung eines Personennamens oder in Anlehnung an Angaben des Allgemeingebrauchs gebildet worden sind. Auf reine Phantasiezeichen findet § 16 WZG dagegen überhaupt keine Anwendung. Daraus ergibt sich z. B., daß die häufig unter dem Gesichtspunkt des § 16 WZG behandelten Fragen der zeichenmäßigen Verwendung beim sogenannten Ersatzteilgeschäft oder die Fragen plastischer Nachbildung eines Warenzeichens reine Fragen der Auslegung des § 15 WZG, nicht aber des § 16 WZG sind[1]. Auch die Verwendung eines Warenzeichens als Bestellzeichen in einem Katalog wie im Falle Tosca[2] betrifft keinen Fall des § 16 WZG, denn weder handelt es sich um die Geltendmachung eines eigenen Namens- und Firmenrechts, noch stellt das Zeichen selbst eine Angabe des Allgemeingebrauchs dar. Während nun dem Schutzumfang des individuellen Zeichens der Begriff des zeichenmäßigen Gebrauchs nach § 15 WZG entspricht, der von Rechtsprechung und Lehre mit Recht bis zur Erfassung aller relevanten Verwechslungsgefahr ausgedehnt wird, ist es für die in § 16 WZG allein ausgesprochenen Warenzeichen sinnvoll, den Begriff des warenzeichenmäßigen Gebrauchs restriktiv auszulegen. Für individuelle Zeichen bleibt es bei dem weiten Schutzbereich des § 15 WZG sowie einer weiten Auslegung des Begriffs der zeichenmäßigen Verwendung, während § 16 WZG auf diese Zeichen überhaupt keine Anwendung findet. Die Frage des warenzeichenmäßigen Gebrauchs gemäß § 16 WZG stellt sich nur für die unter Verwendung des Personennamens oder von Angaben des Allgemeingebrauchs

---

1) siehe z. B. RG GRUR 28/394; RGZ 95/209, 211 - Pfaff; RG GRUR 41/117 - Torpedo Ersatzteile sowie RG GRUR 37/1101, 1104 - Kaffeemühle; RG GRUR 39/798 - Grieneisen

2) BGH GRUR 61/280

gebildeten Zeichen. Für die letzteren Zeichen ist der Begriff jedoch einheitlich auszulegen.

Die Anwendbarkeit des § 16 WZG auf Firma und Name bedarf der Begründung. Es wurde bereits ausgeführt, daß ursprünglich § 13 WZG (1894) von der Rechtsprechung so ausgelegt wurde, daß er nur das Weiterbenutzungsrecht der älteren Firma (Name) gegenüber dem jüngeren Warenzeichen sicherstellen sollte. Nach der Fortentwicklung der Rechtsprechung in der Richtung, daß die Kollision von älterer Firma und jüngeren Warenzeichen grundsätzlich nach der Priorität zu beurteilen sei[1], hat § 16 WZG insoweit seine kollisionsrechtliche Funktion eingebüßt. Dementsprechend besteht in der Literatur Streit, ob und in welcher Auslegung nunmehr § 16 WZG auf Name und Firma Anwendung finden soll. Während z. B. Trüstedt[2] davon ausgeht, daß bei der Firma lediglich an die dem Warenzeichen gegenüber prioritätsältere Firma gedacht sei, vertritt Hefermehl die Auffassung[3], daß § 16 WZG sachliche Bedeutung nur für den Fall habe, daß dem Warenzeichen gegenüber einem jüngeren Namens- oder Firmenrecht die Priorität zukomme. Letzterer Auffassung möchte ich zustimmen. Da im Verhältnis von Name, Firma einerseits und Warenzeichen andererseits grundsätzlich das Prioritätsprinzip zum vollständigen Obsiegen des prioritätsälteren Rechts führt, kann § 16 WZG nur insoweit noch Anwendung finden, als das Prioritätsprinzip zurücktritt. Dies ist hauptsächlich im Recht der Gleichnamigkeit und bei der Verwirkung des Zeitvorrangs gegeben. Dies bedeutet, daß § 16 WZG sachliche Bedeutung heute nur für den Fall der Geltendmachung des Rechts auf den Gebrauch des bürgerlichen Namens oder Angaben des Allgemeingebrauchs in gegenüber dem Warenzeichen prioritätsjüngeren Kennzeichenrechten (Name oder Firma) behalten hat. Im Verhältnis von Warenzeichen und prioritätsjüngeren Phantasiezeichen findet dagegen § 16 WZG wie ausgeführt überhaupt keine Anwendung[4]. Für die Auslegung des Begriffs des warenzeichenmäßigen Gebrauchs in diesem Sonderfall ist sich die sonst ablehnende Lehre weitgehend einig, daß der Vorbehalt in § 16 WZG restriktiv auszulegen ist, um den Ge -

---

1) BGHZ 15/107, 110 - Koma
2) in Reimer/Trüstedt, WZG 1966, 4. Aufl., 9. Kap., Rdz. 1
3) Baumbach/Hefermehl, WZG 1969, 10. Aufl., § 16 Rdz. 2
4) so auch Reimer/Trüstedt, WZG 1966, 4. Aufl., 9. Kap., Rdz. 17

brauch des bürgerlichen Namens durch die weite Auslegung des zeichenmäßigen Gebrauchs in § 15 WZG nicht völlig illusorisch zu machen[1].

Nachdem nunmehr der Anwendungsbereich des § 16 WZG in sachlicher Hinsicht abgegrenzt ist, kann die Frage der Auslegung des warenzeichenmäßigen Gebrauchs geklärt werden. Die Auslegung des Begriffs des warenzeichenmäßigen Gebrauchs soll anhand der zweiten Tatbestandsgruppe in § 16 WZG, für den er von größerer Bedeutung ist, entwickelt werden. Dies scheint auch deshalb gerechtfertigt, weil Rechtsprechung und Lehre hinsichtlich der Verwendung des bürgerlichen Namens in jüngeren Kennzeichen gegenüber einem älteren Warenzeichen im Ergebnis ohnehin zu einer restriktiven Auslegung gelangt sind.

Zunächst ist festzuhalten, daß entsprechend der Abgrenzung der Tatbestandsbereiche des § 15 und § 16 WZG auch die Begriffe des zeichenmäßigen Gebrauchs in § 15 und § 16 WZG zu unterscheiden sind. Es wurde bereits erwähnt, daß die herrschende Lehre in Rechtsprechung und Literatur eine solche Trennung nicht für möglich hält[2]. Diese Trennung läßt sich allerdings nicht durch eine objektiv starre Abgrenzung der Verwendungsformen in § 15 und § 16 WZG erreichen. Der Vergleich von § 15 WZG und § 16 WZG zeigt vielmehr, daß der Gesetzgeber eine Differenzierung nach den Verwendungsformen gerade nicht getroffen hat, sondern auch in § 16 WZG in weitgehender Übereinstimmung mit dem Wortlaut des § 15 WZG gerade die Verwendungsformen freigestellt hat, die am engsten mit der Kennzeichnungsfunktion des Warenzeichens zusammenhängen, wie das Versehen von Ware und Verpackung und Umhüllung. Eine Abstufung im Begriff der warenzeichenmäßigen Verwendung nach der äußeren Form würde auch der Verkehrsauffassung nicht gerecht. Die im Tosca-Urteil[3] aufgestellte Regel, daß die Verwendung einer Bezeichnung in der Werbung regelmäßig warenzeichenmäßig sei, findet auch deshalb

---

1) Baumbach/Hefermehl, WZG 1969, 10. Aufl., § 16 Rdz. 9; Reimer/Trüstedt, WZG 1966, 4. Aufl., 9. Kap. Rdz. 13; Heydt, GRUR 66/679; Spengler, GRUR 53/160 und Wilde, GRUR 68/477, 484
2) Wilde, GRUR 68/477, 483; Utescher, Diss. Hamburg 1958, S. 114
3) BGH GRUR 61/280; ebenso RGZ 149, 335, 343

in § 16 WZG keine Stütze, dagegen ist sie im Rahmen des § 15 WZG zu billigen.

Eine Abgrenzung der Begriffe des warenzeichenmäßigen Gebrauchs in § 15 und § 16 WZG setzt zunächst voraus, daß im Rahmen des § 16 WZG nicht auf die Beurteilung durch die Verkehrsauffassung abgestellt wird. So richtig das Abstellen auf die Verkehrsauffassung im Rahmen des § 15 WZG im Interesse der Erzielung eines wirksamen Zeichenschutzes ist, bei der Prüfung des warenzeichenmäßigen Gebrauchs in § 16 WZG führt es notwendig zu der bereits erwähnten Vorwegnahme der Annahme warenzeichenmäßigen Gebrauchs schon bei der Prüfung der Verwechslungsgefahr. Die Berücksichtigung der Verkehrsauffassung macht aber andererseits das Wesen des zeichenrechtlichen Kennzeichenschutzes aus. Das Absehen von der Verkehrsauffassung zwingt deshalb methodisch zu einer Umdeutung des § 16 WZG in eine ihrer Natur nach wettbewerbsrechtliche Bestimmung. § 16 WZG ist innerhalb des Kennzeichenrechts eine wettbewerbsrechtliche Norm. Zeitlich ist dies verständlich, da das UWG im Zeitpunkt der Schaffung des WZG noch nicht bestand. Auch die Entstehungsgeschichte des Vorbehaltes in der Rechtsprechung zum ehemaligen § 13 WZG (1894) widerspricht dem nicht. Die Einführung des ungeschriebenen Tatbestandsmerkmals des Verbots warenzeichenmäßigen Gebrauchs in den Tatbestand des § 13 WZG (1894) wurde vielmehr vom Reichsgericht häufig gerade wettbewerblich begründet, um die nach dem Wortlaut schrankenlose Benutzung auf die Grenzen lauteren Wettbewerbs zurückzuführen. Dies ist vor allem für den Gebrauch des eigenen Namens in der Firma gegenüber einem Warenzeichen des öfteren ausgesprochen worden[1]. Die wettbewerbliche Auslegung unterscheidet sich von der rein zeichenrechtlichen dadurch, daß sie nicht auf die Auffassung des Durchschnittsverbrauchers, sondern auf das Verhalten der Wettbewerber, die näheren Umstände der Verwendung abstellen muß[2]. § 16 WZG normiert ein beschränktes Eingriffsrecht in den Schutzbereich des Warenzeichens (§ 15, 24, 31 WZG) beschränkt auf den lauteren Gebrauch in den Fällen, in denen entweder die freie Verwendung des Personennamens oder von Angaben des Allgemeingebrauchs gesichert werden soll.

---

1) RG MUW 25/32 - Grumpler; RG GRUR 40/358, 362 - Rauner; RG GRUR 41/475, 479 - Lindbergh

2) Baumbach/Hefermehl, UWG 1964, 9. Aufl., § 1 Rdz. 242 ff

Der letzte Halbsatz in § 16 WZG ist dementsprechend umzudeuten in ein Verbot unlauteren Gebrauchs. Für die Entscheidung über die Lauterkeit des Gebrauchs ist zunächst eine Bestimmung der Grenzen des Eingriffs - rechts in das Warenzeichenrecht im konkreten Falle nach objektiven Merkmalen vorzunehmen. Auf seiten des Warenzeicheninhabers ist dabei der Grad der Anlehnung an Angaben des Allgemeingebrauchs von Bedeutung. Außerdem ist auf seiten des Zeicheninhabers die Verkehrsgeltung seines, wenn auch ursprünglich angelehnten Zeichens, zu berücksichtigen. Außerdem spielt für die Beurteilung daß Maß an wirtschaftlicher Notwendigkeit für die Benutzung der in dem geschützten Zeichen enthaltenen Angabe des Allgemeingebrauchs eine Rolle. Die Abwägung dieser objektiven Umstände ergibt die Grenze des Eingriffsrechtes für den Benutzer. Eine als Warenzeichen eingetragene glatte Beschaffenheitsangabe § 4 Abs. 2 Ziff. 1, 4 Abs. 3 WZG muß sich einen größeren Eingriff in den Schutzbereich gefallen lassen als ein kaum noch erkennbar angelehntes Zeichen. Die Grenzen des Eingriffsrechtes sind ihrer Natur nach ein für alle Male festlegbar. Eine identische Benutzung braucht der Zeicheninhaber jedoch nicht zu dulden, da sonst über die restriktive Auslegung des zeichenmässigen Gebrauchs in § 16 WZG im Ergebnis eine unzulässige nachträgliche Schutzversagung bewirkt würde. Auch schwere Verwechslungsgefahr wird der Zeicheninhaber regelmäßig nicht hinnehmen müssen. Ansonsten ist gegenüber dem Einwand der unzulässigen nachträglichen Schutzversagung zu erwidern, daß der Zeicheninhaber selbst das Risiko seiner Wahl tragen muß, wenn er sein Zeichen in Anlehnung an geschäftsübliche Angaben bildet[1].

Neben den objektiven Umständen muß auf seiten des Benutzers noch das negative subjektive Merkmal erfüllt sein, daß eine Benutzungshandlung nicht unlauter sein darf. Das Erfordernis auch der subjektiven Lauterkeit des Eingriffs folgt daraus, daß der Einwand des § 16 WZG keine objektiv absolut wirkende, sondern nur eine relative Beschränkung des Schutzumfangs im Verhältnis zum lauteren Benutzer darstellt. Die Unlauterkeit der Benutzung kann auf mannigfachen subjektiven Umständen beruhen, die hier nur beispielhaft aufgeführt werden. Von Bedeutung kann die unnötige Steigerung der Verwechslungsgefahr z. B. durch druckmäßige Hervorhebung, Alleinstellung der Angabe, Steigerung der Übereinstimmung durch

---

1) Utescher, Diss. Hamburg 1958, S. 160

Übernahme auch sonstiger Bestandteile des Warenzeichens usw. sein. Eine lautere Ausübung des Eingriffsrechtes gemäß § 16 WZG liegt ferner nicht mehr vor, wenn der Benutzer sich planmäßig und stufenweise an das Warenzeichen annähert. Schließlich mag auch die Dauer der Benutzung für das Urteil über die Lauterkeit herangezogen werden. Eine über längere Zeit auf Waren unverändert benutzte Angabe des Allgemeingebrauchs kann sich dem Verkehr allmählich als Marke einprägen. Man wird den Benutzer zu gelegentlichen Änderungen verpflichtet halten müssen, etwa Änderungen im äußeren Schriftbild oder Druck, um der Bildung einer entsprechenden Verkehrsauffassung vorzubeugen. Die Beweislast für die Unlauterkeit der Benutzung trägt der Warenzeicheninhaber. Das ergibt schon die Abfassung der Bestimmung des § 16 WZG. Während in § 15 WZG die warenzeichenmäßige Benutzung die Regel ist, von der im Zweifel auszugehen ist[1], stellt der warenzeichenmäßige "unlautere" Gebrauch in § 16 WZG die Ausnahme dar[2]. Die Ausnahme muß jedoch derjenige beweisen, der sich auf sie berufen möchte, mithin der Zeicheninhaber. Für den Nachweis der subjektiven Umstände der Ausübung des Eingriffsrechtes hat die Beweislast des Zeicheninhabers auch eine praktische Bedeutung.

Eine Überprüfung einiger Urteile soll die praktische Anwendbarkeit einer wettbewerblichen Auslegung des § 16 WZG erweisen. In dem vom Reichsgericht entschiedenen Fall Bénédictine[3] handelte es sich um ein Warenzeichen Bénédictine, demgegenüber die Benutzung der Bezeichnung Benediktinerwasser geltend gemacht wurde. Das Reichsgericht führt in diesem Urteil aus: "Der Benutzung der in Ziff. 3 des § 1 der Kaiserlichen Verordnung vom 22. 10. 1901 erwähnten Bezeichnung Benediktineressenz als Beschaffenheitsangabe (Warenname) steht der Schutz für den Namen Bénédictine nicht entgegen, doch muß der Benutzer alles tun, um die Verwechslungsgefahr nach Möglichkeit zu vermeiden." Die Annahme einer warenzeichenmäßigen Verwendung stützt das Reichsgericht ganz richtig auf folgende Unlauterkeit[4]: "Die Beklagte hat vielmehr durch Hinzufügung des Mönchsbildes den Anklang an die Herkunftsbezeichnung der Klägerin

---

1) BGH GRUR 61/280 - Tosca
2) so von seinem Standpunkt aus auch Wilde, GRUR 68/483
3) RG GRUR 33/579
4) GRUR 33/580

noch gesteigert. Einer solchen Hinzufügung bedurfte es nicht."

In der Entscheidung Kabelkennstreifen[1] hätte die Unlauterkeit des Beklagten und damit die warenzeichenmäßige Verwendung im Sinne des § 16 WZG vom BGH darauf gestützt werden können, daß der Beklagte als einziger die der DIN Norm entsprechenden Kabelkennstreifen nicht wie im Verkehr üblich als Querstreifen, sondern als Längsstreifen wie im Warenzeichen der Klägerin verwendet hatte. Das Urteil liegt im Ergebnis auf der Grenze, ist aber damit zu rechtfertigen, daß die Zulassung dieses Gebrauchs im Ergebnis zu einer unzulässigen nachträglichen Zeichenschutzversagung gegenüber der bindenden Wirkung der Eintragung geführt hätte.

Das Urteil des BGH in der Entscheidung Luxor Luxus[2] hätte dagegen ohne weiteres auch nach der hier vertretenen Auffassung zur Annahme warenzeichenmäßigen Gebrauchs auf die Feststellung der Unlauterkeit der Benutzung gestützt werden können. Als Unlauterkeitsmomente kamen in Betracht die große verschnörkelte Schrift, die bildliche Gestaltung der Schrift, die zierenden Schleifen am Wortende, die diagonale Anordnung des Wortes und schließlich das durch die Zeichenanmeldung offen manifestierte Bestreben, ein eigenes Ausschlußrecht zu erwerben.

In der Entscheidung Vorrasur - Nachrasur[3] hätte die Unlauterkeit der Verwendung und damit der warenzeichenmäßige Gebrauch nach § 16 WZG mit der stufenweisen allmählichen Anpassung an das Warenzeichen, besonders der Übergang vom verbalen zum substantiven Gebrauch sowie die stärkere druckmäßige Hervorhebung begründet werden können.

Das Tosca-Urteil des BGH gehört dagegen nicht in diesen Zusammenhang, da nicht die Verwendung einer Angabe des Allgemeingebrauchs im Sinne von § 4 Abs. 2 Ziff. 1, § 16 WZG in Frage stand[4]. Es handelte sich vielmehr um ein in diesem Zusammenhang der Verwendung durchaus originelles Zeichen, die Frage der zeichenmäßigen Verwendung war deshalb

---

1) BGHZ 8/202, 206
2) BGH GRUR 55/484
3) BGH GRUR 59/130
4) BGH GRUR 61/280

allein nach § 15 WZG nicht nach § 16 WZG zu beurteilen. Im Rahmen des § 15 WZG ist die Aussage auch richtig, daß eine werbemäßige Verwendung regelmäßig zeichenmäßig ist. Aber selbst wenn man das Warenzeichen Tosca als ein Zeichen im Sinne des § 16 WZG ansehen würde, dann hätte die warenzeichenmäßige Benutzung wegen der besonderen Unlauterkeit bejaht werden müssen, die darin lag, daß das Bestellwort ausgerechnet für ein blaues Damenkleid mit goldblauen Ornamenten und goldenem Gürtel verwendet wurde, gegenüber der bekannten grünlich blauen, mit zierlichen Ornamenten in abweichendem Blau und Goldrand gehaltenen Ausstattung der Verpackung der mit dem Warenzeichen Tosca versehenen Erzeugnisse.

Zusammenfassung

Die Anwendung des § 16 WZG setzt nach der hier vertretenen Auffassung zunächst die Feststellung voraus, daß einer der Fälle des Tatbestandes des § 16 WZG überhaupt in Betracht kommt. Ist dies der Fall, dann reicht die Feststellung einer zeichenmäßigen Benutzung nach § 15 WZG und die konkrete Feststellung der Verwechslungsgefahr nach § 31 WZG noch nicht zu einer Beurteilung des Benutzers aus. Der Benutzer kann einer Verurteilung vielmehr noch dadurch begegnen, daß er ausführt, es handle sich bei dem verletzten Zeichen entweder um ein unter Verwendung eines mit seinem bürgerlichen Namen identischen Namen gebildetes oder aber um ein eine Angabe des Allgemeingebrauchs enthaltendes Zeichen, und die Benutzungshandlung sei deshalb nicht warenzeichenmäßig im Sinne des § 16 WZG. Gegenüber diesem prozessualen Einwand[1] kann der Zeicheninhaber den Gegeneinwand erheben, daß sich die Benutzungshandlung objektiv nicht im Rahmen der Abwägung der Interessen des Zeicheninhabers und des Verkehrs gehalten habe oder, daß der Benutzer das ihm an sich zustehende Eingriffsrecht subjektiv zu unlauterem Wettbewerb mißbrauche. Für die Festlegung der objektiven Grenzen des beschränkten Eingriffsrechtes des Benutzers ist insbesondere einerseits der Grad der verursachten Verwechslungsgefahr, andererseits das Interesse des Wettbewerbs an der Benutzung der verkehrsnotwendigen Angabe oder die Notwendigkeit der Benutzung des Personennamens beachtlich. Da die Berufung auf § 16 WZG nur einen persönlichen Einwand gibt, nicht aber zu einer generellen objektiven Beschrän-

---

1) von Gamm, WZG 1965, § 16 Rdz. 3

kung des Schutzumfanges des Zeichenrechtes führt, kann die Grenze des Eingriffsrechtes auch nur im Einzelfall bestimmt werden. Dabei rechtfertigt eine als Warenzeichen eingetragene glatte Beschaffenheitsangabe gemäß § 4 Abs. 2 Ziff. 1, 4 Abs. 3 WZG einen größeren Eingriff in den Schutzbereich des Zeichens als ein kaum noch erkennbar angelehntes Zeichen. Gegenüber den aus bürgerlichen Namen gebildeten Zeichen wiederum ist die Grenze des Eingriffsrechtes weiter zu ziehen als bei den Angaben des Allgemeingebrauchs enthaltenden Zeichen. Identische Benutzung braucht der ältere Zeicheninhaber nur hinsichtlich der Verwendung des bürgerlichen Namens zu dulden, soweit es sich dagegen um Zeichen mit Angaben des Allgemeingebrauchs handelt, würde ein derart weitgehendes Eingriffsrecht zu einer unzulässigen nachträglichen Schutzversagung führen. Das Erfordernis auch einer subjektiven Rechtfertigung des Gebrauchs folgt schließlich daraus, daß der Einwand des § 16 WZG keine objektiv generelle Beschränkung des Schutzumfangs des Zeichenrechts bedeutet, sondern dem Benutzer nur einen persönlichen Einwand gibt. Die Berufung auf § 16 WZG entfällt deshalb, wenn der Benutzer durch die Umstände des Gebrauchs zu erkennen gibt, daß es ihm nicht auf die Ausübung eines Eingriffsrechtes ankommt, sondern er vielmehr das im Interesse des Freihaltebedürfnisses an Angaben des Allgemeingebrauchs oder der freien Verwendung des bürgerlichen Namens gegebene Eingriffsrecht als Vorwand benutzt, um an fremder Leistung schmarotzen zu können.

Die Rechtsfolgen der Kollision von Warenzeichen untereinander sowie mit Ausstattungsrechten

Zunächst ist der Einwand zu widerlegen, daß eine getrennte Behandlung verschiedener Kollisionsfälle nicht mehr gerechtfertigt sei, da die Rechtsprechung die Kollision der als gleichwertig erkannten Rechte im Ergebnis jedenfalls allein nach der Priorität entscheide[1]. Diese allein auf das Ergebnis abgestellte Begründung übersieht, daß nach wie vor erhebliche Unterschiede in der prozessualen Geltendmachung von Ansprüchen aus prioritätsälteren Rechten bestehen. Das förmliche Warenzeichen hat gegen jüngere Warenzeichenanmeldungen den besonderen Rechtsbehelf des Widerspruchsverfahrens gemäß § 5 Abs. 4 WZG und nach der Eintragung eines jüngeren Warenzeichens den der zeichenrechtlichen Löschungsklage nach § 11 Abs. 1 Ziff. 1 WZG. Gegenüber der jüngeren Ausstattung kommt dagegen nur die allgemeine Unterlassungsklage nach § 24 WZG in Betracht. Für das notorische Warenzeichen bzw. die notorische Ausstattung gibt es gegenüber der Eintragung eines jüngeren Warenzeichens den zusätzlichen Rechtsbehelf des Antrags auf Amtslöschung gemäß § 4 Abs. 2 Ziff. 5, 10 Abs. 2 Ziff. 2 WZG. Es bestehen aber nicht nur Unterschiede in der prozessualen Durchsetzung, sondern sogar Unterschiede in der Reichweite der Rechtsfolgen selbst. Während einerseits das ältere Ausstattungsrecht grundsätzlich im Wege der außerzeichenrechtlichen Löschungsklage ein eingetragenes jüngeres Warenzeichen beseitigen kann, steht dem älteren aber örtlich beschränkten Ausstattungsrecht regelmäßig nur ein Unterlassungsanspruch gegenüber einem jüngeren Warenzeichen zu. Es ist daher nach wie vor an einer Gliederung in einzelne Kollisionsfälle festzuhalten.

Die Kollision von Warenzeichen untereinander

Grundsätzlich kennt das deutsche Zeichenrecht keine Amtsprüfung im Eintragungsverfahren hinsichtlich des Bestehens entgegenstehender älterer Zeichenrechte mehr. § 5 Abs. 1 WZG i. d. F. vom 1. 10. 1949[2]. Eine

---

1) so aber Mielke, Diss. Hamburg 1951, Die Rechtsnatur der Warenausstattung und die Kollision zwischen Warenzeichen und Ausstattung, S. 156

2) § 5 Abs. 1 1 WZG i. d. F. vom 5. 5. 1936 sah demgegenüber eine Amtsprüfung bezüglich des neu angemeldeten Zeichens auf übereinstimmende, früher angemeldete Zeichen vor.

Ausnahme gilt nur für die sogenannten notorischen Marken nach § 4 Abs. 2 Ziff. 5 WZG = Art. 6bis PVÜ, die von Amts wegen als absolute Eintragungshindernisse Berücksichtigung finden. Ist unter Verletzung von § 4 Abs. 2 Ziff. 5 WZG dennoch ein jüngeres Warenzeichen eingetragen worden, so findet dementsprechend ausnahmsweise die Amtslöschung nach § 10 Abs. 2 2 WZG statt. Von dieser Ausnahme abgesehen bilden ältere Warenzeichen weder absolute Eintragungshindernisse für die Eintragung jüngerer Warenzeichen, noch sind einmal eingetragene Warenzeichen wegen des Bestehens prioritätsälterer Warenzeichen mit der Amtslöschung vernichtbar. Die Geltendmachung der Priorität des älteren Warenzeichens bleibt vielmehr, abgesehen von dem Hinweis nach § 5 Abs. 3 WZG, der Initiative des Zeicheninhabers überlassen. Dieser kann nach § 5 Abs. 4 WZG (bzw. § 6 a Abs. 2 3 WZG im beschleunigten Eintragungsverfahren) aufgrund seiner früheren Anmeldung innerhalb von drei Monaten nach Bekanntmachung der neuen Anmeldung Widerspruch gegen die Eintragung beim Patentamt erheben. Das Patentamt entscheidet dann nach § 5 Abs. 6 WZG durch Beschluß darüber, ob die Zeichen übereinstimmen. Wird die Übereinstimmung der Zeichen verneint, so wird das angemeldete Zeichen eingetragen § 6 Abs. 1 WZG, wird die Übereinstimmung festgestellt, so wird die Eintragung versagt, § 6 Abs. 2 1 WZG.

Hat das Patentamt die Übereinstimmung der Vergleichszeichen nach § 5 Abs. 6, § 6 Abs. 1 WZG verneint und das angemeldete Warenzeichen eingetragen, dann stehen dem unterlegenen Widerspruchsführer verschiedenartige Rechtsbehelfe zur Verfügung. Zunächst hat der Widerspruchsführer seit dem 6. ÜberlG vom 23. 3. 1961 die Möglichkeit, gemäß § 13 Abs. 1 WZG Beschwerde gegen den Beschluß beim Patentamt zu erheben. Über diese entscheidet nach dem 6. ÜberlG seit 1. 7. 1961 das Bundespatentgericht in einem gerichtlichen Verfahren, § 13 Abs. 4 WZG. Die Beschwerdefrist beträgt nach § 13 Abs. 3 WZG i. V. m. § 36 1 Abs. 2 1 PatG einen Monat seit Zustellung des Beschlusses. Nach § 13 Abs. 5 WZG, § 41 p Abs. 2 und 3 PatG findet gegen den Beschluss des Beschwerdesenates beim Bundespatentgericht die Rechtsbeschwerde zum BGH statt, wenn eine solche entweder zugelassen ist, § 13 Abs. 5 1 WZG, § 41 p Abs. 2 PatG, oder einer der Verfahrensmängel des § 41 p Abs. 3 PatG vorliegt. Die Frist für die Rechtsbeschwerde beträgt einen Monat seit Zustellung des Beschlusses, § 41 r Abs. 1 PatG, die Frist für die Begründung einen weiteren Monat nach § 41 r Abs. 3 PatG.

Das ältere Warenzeichen kann gegenüber dem jüngeren eingetragenen Warenzeichen aber auch die sogenannte zeichenrechtliche Löschungsklage gemäß § 11 Abs. 1 1 WZG erheben. Da die Erhebung der Löschungsklage gemäß § 11 Abs. 1 1 WZG sowohl ohne vorherige Durchführung eines Widerspruchs- und Beschwerdeverfahrens als auch neben dem Beschwerdeverfahren zulässig ist, können Rechtsbeschwerde gegen den Eintragungsbeschluß gemäß § 13 Abs. 5 WZG, § 41 p PatG und die Revision im Verfahren über die zeichenrechtliche Löschungsklage nach § 11 Abs. 1 1 WZG nebeneinander und zeitlich nacheinander beim BGH anhängig werden[1].

Hat das Patentamt dagegen die Übereinstimmung der Vergleichszeichen gemäß § 5 Abs. 6, 6 Abs. 2 1 WZG festgestellt, wird die Eintragung versagt. Auch gegen den versagenden Beschluß stehen unterlegenen Anmeldern verschiedenartige Rechtsbehelfe zur Verfügung. Zunächst hat der Anmelder die Möglichkeit, gemäß § 13 Abs. 1 WZG Beschwerde gegen den Beschluß des Patentamts zu erheben. Die Beschwerde ist nach § 13 Abs. 3 WZG, 36 1 Abs. 2 1 PatG innerhalb einer Frist von einem Monat seit Zustellung des Beschlusses zulässig. Gegen die Beschwerdeentscheidung des Bundespatentgerichts gemäß § 13 Abs. 4 WZG ist nach § 13 Abs. 5 WZG unter den zusätzlichen Voraussetzungen der §§ 41 p Abs. 2 und 3 PatG Rechtsbeschwerde zum BGH zulässig. Die Frist für die Rechtsbeschwerde ergibt sich aus § 41 r Abs. 1 PatG, die Frist für die vorgeschriebene Begründung aus § 41 r Abs. 3 PatG.

Unabhängig vom Beschwerdeverfahren oder neben ihm kann der Anmelder seinen Anspruch auf Eintragung gemäß § 6 Abs. 2 2 WZG durch die Eintragungsbewilligungsklage vor dem ordentlichen Gericht geltend machen. Gemäß § 6 Abs. 2 3 WZG in der Fassung vom 2. 1. 1968 ist die Eintragungsbewilligungsklage nur innerhalb eines Jahres seit Rechtskraft des die Eintragung versagenden Beschlusses zulässig. Die Eintragungsbewilligungsklage ist auch insoweit von der Entscheidung im Eintragungs- und Widerspruchsverfahren abhängig, als das Gericht im ordentlichen Verfahren nach § 6 Abs. 2 2 WZG an die Feststellung des Patentamts über die Zeichen-

---

1) Baumbach/Hefermehl, WZG 1969, 10. Aufl., § 11 Rdz. 3; Reimer Trüstedt, WZG 1966, 4. Aufl., 31. Kap. Rdz. 11; von Gamm, WZG 1965, § 11 Rdz. 13

übereinstimmung gebunden ist. Die ganz herrschende Lehre folgert aus der Formulierung des § 6 Abs. 2 2 WZG "trotz der Feststellung", daß die Bindung sich auch auf die Bejahung der die Entscheidung tragenden Feststellungen, wie Verwechslungsgefahr und Warengleichartigkeit, erstreckt[1]. Für den Neuanmelder eines Warenzeichens bedeutet dieses prozeßrechtliche Nebeneinander von Rechtsbehelfen vor allem gegen die Eintragung eine erhebliche Unsicherheit, insbesondere dann, wenn es sich in den verschiedenen Verfahren um dieselben, ursprünglich bereits bei der Anmeldung vorhandenen Gründe handelt.

Zunächst ist der Inhaber eines schon eingetragenen Warenzeichens gegenüber einem Neuanmelder gesetzlich nicht verpflichtet, sein älteres Zeichenrecht überhaupt schon im Widerspruchsverfahren durch Erhebung des Widerspruchs geltend zu machen. Er kann vielmehr die Eintragung abwarten, ohne Widerspruch zu erheben, aber auch nach Erhebung des Widerspruchs und dem Eintragungsbeschluß die Frist zur Einlegung der Beschwerde nach § 13 Abs. 2 und 3 WZG, § 36 1 Abs. 2 PatG verstreichen lassen, ohne daß er dadurch die Möglichkeit der Erhebung der Löschungsklage nach § 11 Abs. 1 1 WZG verliert. Das ist für den Neuanmelder um so belastender, als für die Erhebung der Löschungsklage nach § 11 Abs. 1 1 WZG eine Frist vom Gesetz nicht vorgesehen ist, wie dies im Verhältnis des Beschlusses über die Versagung der Eintragung nach § 6 Abs. 2 1 WZG und der Eintragungsbewilligungsklage gemäß § 6 Abs. 2 3 WZG nunmehr vorgesehen ist. Abgesehen von der Möglichkeit der Verwirkung der Rechte des prioritätsälteren Warenzeicheninhabers ist die Stellung des Neueingetragenen wegen der zeitlich grundsätzlich unbefristeten Möglichkeit der Erhebung der Löschungsklage recht unsicher. Die Unsicherheit der Rechtsposition des neu eingetragenen Warenzeicheninhabers wird noch dadurch verstärkt, daß die Gerichte im Verfahren über die Löschungsklage nach § 11 Abs. 1 1 WZG nach allgemeiner Ansicht nicht an die in der Widerspruchs- und Beschwerdeentscheidung zum Ausdruck gekommene Beurteilung der zeichenrechtlichen Gründe (Priorität, Waren-

---

1) Baumbach/Hefermehl, WZG 1969, 10. Aufl., § 6 Rdz. 5; Reimer/Trüstedt, WZG 1966, 4. Aufl., 6. Kap. Rdz. 10; von Gamm, WZG 1965, § 6 Rdz. 2; RG GRUR 36/961 - Bienenzeichen; GRUR 43/89, 91 - Durus; BGHZ 37/110, 111 - Germataler Sprudel

gleichartigkeit, Verwechslungsgefahr) gebunden sind[1]. Das prozessuale Nebeneinander der Rechtswege ist erst durch das 6. ÜberlG vom 23. 3. 1961 entstanden, das das bisherige Beschwerdeverfahren von einem Verwaltungsverfahren zu einem gerichtlichen Verfahren umgestaltet hat. Im Fall jeder Notorietät des älteren Warenzeichens § 4 Abs. 2 Ziff. 5 WZG können sogar das Beschwerdeverfahren gegen den Eintragungsbeschluß des jüngeren Warenzeichens, die zeichenrechtliche Löschungsklage und das patentamtliche Löschungsverfahren gemäß § 10 Abs. 2 2 WZG zusammentreffen. Daß dies kein idealer Zustand ist, liegt auf der Hand, ist aber de lege lata hinzunehmen[2]. Darüber hinaus ist es möglich, dem Nebeneinander des Beschwerdeverfahrens gegen die Eintragung und der zeichenrechtlichen Löschungsklage dadurch einen veränderten Sinngehalt zu geben, daß man, wie vorstehend vertreten wird, von einem verschiedenen Prüfungsumfang hinsichtlich des Begriffes der Warengleichartigkeit im Eintragungs-, Widerspruchs- und Beschwerdeverfahren einerseits und im Verfahren über die Löschungsklage andererseits ausgeht. Dem Nebeneinander von Beschwerdeverfahren einerseits und Löschungsklage andererseits entspricht der absolute Warengleichartigkeitsbegriff im Eintragungsverfahren, der den gesetzlichen Mindestschutz nach unten begrenzt, der relative Warengleichartigkeitsbegriff entspricht dagegen dem gerichtlichen Löschungsprozeß, in dem weitgehend die im Wettbewerb errungene Verkehrsgeltung bei der Beurteilung der Warengleichartigkeit Berücksichtigung findet. Damit erhellt sich zugleich der sonst unverständliche Widerspruch, daß das ordentliche Gericht zwar im Verfahren über die Eintragungsbewilligungsklage § 6 Abs. 2 2 WZG an die Bejahung der Warengleichartigkeit durch das Patentamt § 6 Abs. 2 1 WZG gebunden ist, nicht aber an die Verneinung der Warengleichartigkeit § 6 Abs. 2 1 WZG durch das Patentamt im Verfahren über die zeichenrechtliche Löschungsklage. Legt man im Eintragungsverfahren einen durch die Nichtberücksichtigung der Verkehrsgeltung im Ergebnis absoluten Gleichartigkeitsbegriff zugrunde, so ist dieser als Mindestmaß für den Schutz des Warenzeichens anzusehen. Dieser darf im gerichtlichen Verfahren nicht unterschritten werden. Dementsprechend kann das Gericht

---

1) Baumbach/Hefermehl, WZG 1967, 9. Aufl., § 11 Rdz. 12; Reimer/Trüstedt, WZG 1966, 4. Aufl., 6. Kap., Rdz. 9; von Gamm, WZG 1965, § 11 Rdz. 13; RGZ 44/64, 65 - Dampfschiff; RGZ 61/216 - Globuszeichen; RGZ 104/168 - Regent; BGH GRUR 54/347 - Strahlenkranz; BGH GRUR 64/383 - WKS Möbel

2) so auch Reimer/Trüstedt, WZG, 31. Kap. Rdz. 11

die Warengleichartigkeit nicht verneinen, wenn sie vom Patentamt bejaht wurde. Da aber der patentamtliche Warengleichartigkeitsbegriff nur noch unten das Mindestmaß des Schutzes begrenzt, ist es dem ordentlichen Gericht umgekehrt im Löschungsprozeß nicht verwehrt, durch Berücksichtigung der Verkehrsgeltung bei der Warengleichartigkeit diese zu bejahen, wenn sie vom Patentamt gemäß § 6 Abs. 1 WZG verneint wurde.

Die Kollision des älteren Warenzeichens mit der jüngeren Ausstattung

Materiell entscheidet auch hier die Priorität im Recht, die sich beim Warenzeichen grundsätzlich nach der Anmeldung, beim Ausstattungsrecht nach dem Zeitpunkt des Erwerbs der erforderlichen Verkehrsgeltung richtet.

Gegenüber dem jüngeren, rein materiellen Recht der Ausstattung scheidet die Möglichkeit der Geltendmachung der Priorität des Warenzeichens im förmlichen Eintragungs- und Widerspruchsverfahrens aus. Der Widerspruch des § 5 Abs. 4 WZG setzt begrifflich die Anmeldung eines jüngeren Warenzeichens, die patentamtliche Löschung nach § 10 WZG sowie die Löschung aufgrund der Löschungsklage nach § 11 WZG eine Eintragung eines Warenzeichens voraus. Auch die Anwendung der §§ 4 Abs. 2 Ziff. 5, 10 Abs. 2 Ziff. 2 WZG (Notorietät des Warenzeichens vorausgesetzt) scheitert daran, daß das Ausstattungsrecht nicht eingetragen zu werden braucht, so daß der Ausschluß von der Eintragung seinen rechtlichen Fortbestand nicht beeinflußt. Anspruchsgrundlage ist deshalb allein § 24 WZG. § 24 Abs. 1 WZG gewährt einen Anspruch auf Unterlassung des Gebrauchs, § 24 Abs. 2 WZG bei zusätzlichem Verschulden auch einen Schadensersatzanspruch. Die Strafbestimmung des § 24 Abs. 3 WZG kann hier ausser Betracht bleiben.

Der praktisch bedeutsamste Anspruch, der Unterlassungsanspruch gemäß § 24 Abs. 1 WZG, wird jedoch im Verhältnis des älteren Warenzeichenrechts mit der jüngeren Ausstattung häufig verwirkt sein. Verwirkung ist anzunehmen, wenn die Rechtsverfolgung aus dem Warenzeichen so spät erfolgt, daß der Verletzer annehmen konnte, daß sein inzwischen errungener Besitzstand an der Ausstattung vom Verletzten geduldet werde. § 242 BGB. Ohne daß hier auf die Frage der Anforderungen an den Besitzstand näher eingegangen werden braucht, läßt sich sagen, daß zumindest die Verkehrsgeltung im Sinne von § 25 WZG als ein die Verwirkung

begründender Besitzstand ausreicht[1]. Da für die Annahme der Verwirkung eine Abwägung aller Umstände auf seiten des Verletzers und des Verletzten erforderlich ist, kann die Verwirkung allerdings auch dann ausscheiden, wenn der Besitzstand auf seiten des Verletzers bis zur Verkehrsgeltung erstarkt ist. Eine Verwirkung kann insbesondere ausscheiden, wenn das Ausstattungsrecht unter absichtlicher Verletzung des älteren Warenzeichens erworben wurde. Wollte man anders entscheiden, dann könnte das Ausstattungsrecht durch besonders starke Werbung selbst in Kenntnis des älteren Warenzeichens erworben werden. Dies würde den Wert der Eintragung des Warenzeichens erheblich mindern und im Ergebnis den Vorrang des materiellen Ausstattungsrechts vor dem formalen Warenzeichenrecht begründen. Die Rechtsprechung verlangt deshalb mit Recht, daß der Besitzstand des Verletzers auch schutzwürdig sein müsse[2].

Die Kollision des älteren Ausstattungsrechts mit dem jüngeren Warenzeichen

Gerade die Behandlung dieses Kollisionsfalles hat eine lange wechselvolle Rechtsprechungsgeschichte hinter sich, auf die kurz einzugehen ist.

Anspruchsgrundlage für den Schutz der Ausstattung war ursprünglich § 15 WZGvon 1894. Die Ausstattung genoß danach strafrechtlichen Schutz gegen die Benutzung einer fremden Ausstattung zum Zwecke der Täuschung im Wettbewerb. Die Rechtsprechung folgerte aus der Fassung der Bestimmung als Deliktsnorm, daß die Ausstattung lediglich ein gegen partielle Verletzungshandlungen geschützter tatsächlicher Besitzstand sei, nicht aber ein Ausschlußrecht. Dies entsprach auch der damaligen Vorstellung des historischen Gesetzgebers, wie sich aus der gegensätzlichen Fassung des § 15 WZG 1894 einerseits und der Bestimmungen für das eingetragene Warenzeichen andererseits ergibt. Für das Verhältnis von älterer Ausstattung und jüngerem Warenzeichen hatte dies die Konsequenz, daß die Rechtsprechung in der Anmeldung und der Eintragung eines mit der Ausstattung ver-

---

1) Die Rechtsprechung des Reichsgerichts, RG GRUR 43/345, GRUR 44/147 - Blondor und des Bundesgerichtshofs, BGHZ 21/66, 78 - Hausbucherei, fordert auf seiten des Verletzers keine volle Verkehrsdurchsetzung gem. § 25 WZG.

2) z. B. BGHZ 5/189 - Zwilling

wechselbaren Warenzeichens keine unerlaubte Benutzung der älteren Ausstattung im Sinne von § 15 WZG sah. Die Fassung des § 15 WZG 1894 als reine Strafvorschrift mag ein übriges getan haben, eine extensive Anwendung auf die Fälle des sogenannten Ausstattungsraubes in der Rechtsprechung zu verzögern. Das Reichsgericht billigte die Eintragung einer fremden älteren Ausstattung als Warenzeichen ursprünglich sogar dann, wenn sie zum Zwecke unlauteren Wettbewerbs geschah[1].

Diese Rechtsprechung wurde dem Bedürfnis nach einem wirksamen Schutz des beträchtlichen, in einer Ausstattung liegenden Geschäftswertes in keiner Weise gerecht. Sie beruhte auf einer ebenso krassen Überschätzung der Wahl und des formalen Eintragungsaktes wie einer Unterschätzung des materiellen Besitzstandes. Das Inkrafttreten der Gesetzgebungswerke des BGB am 1. 1. 1900 und des UWG am 7. 9. 1909 veranlaßte die Rechtsprechung zu einer Verstärkung des Ausstattungsschutzes. Zunächst setzte sich die Ansicht durch, daß die allgemeine Deliktsnorm des § 826 BGB Anwendung auch im WZG finden könne. Die Anwendung des § 826 BGB bot die Handhabe, den Schutz der Ausstattung auch ohne Anerkennung als Ausschlußrecht dadurch zu verstärken, daß gegen die Eintragung eines jüngeren Warenzeichens wegen der Art und Weise der Erlangung und des Endzweckes ein Unterlassungsanspruch bzw. eine Löschungsklage wegen Verstoßes gegen die guten Sitten gewährt wurde[2].

Das UWG vom 7. 9. 1909 wurde von der Rechtsprechung zutreffend als allgemeinere Regelung des Wettbewerbs gegenüber der besonderen des WZG erkannt. Damit rechtfertigte die Rechtsprechung die Anwendung der Generalklausel des § 1 UWG in dem Sondergesetz des WZG. Ein Verstoß gegen die guten Sitten wurde insbesondere in den Fällen der bewußten Eintragung einer älteren Ausstattung als Warenzeichen zu Zwecken des Wettbewerbs gesehen[3]. Die angeführten Entscheidungen sehen jedoch die Ausstattung weiterhin nicht als absolutes subjektives Ausschlußrecht, son-

---

1) z. B. RGZ 18/99, 20/71, 25/120, 44/13 vom 10. 2. 1899 und 47/100 vom 30. 11. 1900
2) RGZ 66/236 vom 21. 6. 1907
3) RGZ 77/431 vom 28. 11. 1911; RGZ 106/250 vom 2. 2. 1923 und RGSt 49/242

dern lediglich als tatsächlich geschützten Besitzstand an. Der Besitzstand genoß lediglich Schutz gegen unlautere Beeinträchtigungen, nicht jedoch gegen rein objektive Verletzungen ohne ein besonderes Unlauterkeitsmerkmal.

Den entscheidenden Anlaß für die Änderung der Auffassung der Rechtsprechung über die Natur der Ausstattung sowie die Kollision der Ausstattung mit dem Warenzeichen brachte die Änderung der Pariser Verbandsübereinkunft. Am 6. 11. 1925 war die Haager Fassung der Pariser Verbandsübereinkunft vom Deutschen Reich unterschrieben und durch Gesetz vom 31. 3. 1928, im Reichsgesetzblatt veröffentlicht am 5. 4. 1928, in innerdeutsches Recht transformiert worden. Der neue Artikel 6 bis PVÜ schrieb die Versagung der Eintragung einer Marke vor, sofern nach Ansicht des Patentamts in Deutschland notorisch feststand, daß diese bzw. eine verwechslungsfähige Marke einem Angehörigen eines Verbandslandes gehörte und für gleiche oder gleichartige Waren benutzt wurde. Da der Begriff der Marke im Sinne von Art. 6 bis PVÜ ohne Zweifel auch die nichteingetragene Ausstattung umfaßte, hätte das Festhalten an der bisherigen Rechtsprechung zum Verhältnis Warenzeichen - Ausstattung zu einer schweren Benachteiligung des deutschen Wettbewerbers geführt. Unter Berufung auf Art. 6 bis PVÜ hätte dann nämlich der ausländische Inhaber einer älteren notorischen Ausstattung in einem Verbandsstaat die Berücksichtigung seines Rechtes gegenüber dem jüngeren deutschen Warenzeichen erzwingen können, während die ältere deutsche Ausstattung ein jüngeres deutsches Warenzeichen nur in den engen aufgezeigten Grenzen hätte verdrängen können. Schon in der Entscheidung vom 15. 2. 1927 Pfarrer Kneipp[1] untersagte das Reichsgericht den Gebrauch einer älteren Ausstattung auch dann wegen Verstoßes gegen § 1 UWG, § 826 BGB, wenn zwar die Aneignung der Ausstattung ursprünglich in Unkenntnis erfolgt war, aber nach Eintritt der Kenntnis das gutgläubig erworbene Warenzeichen einfach weiterbenutzt wurde (sogenannter mala fides superveniens). Die Entscheidung stützt sich zwar noch auf die ursprünglichen Rechtsgrundlagen, dennoch bricht hier gleichsam in einer alten Form ein neuer Inhalt durch. Der Ausstattung wird zwar nach wie vor nur ein deliktischer Schutz zugebilligt, die Fälle eines unlauteren Erwerbes werden durch die Rechtsfigur der mala fides superveniens jedoch derart ausgedehnt, daß praktisch ein umfassender

---

1) RG MUW 26/290

Schutz gegen jede Benutzung der fremden Ausstattung durch Eintragung als Warenzeichen gewährleistet ist. Das Ausstattungsrecht hat sich dadurch zweifellos vom lediglich tatsächlich geschützten Zustand bzw. dem partiell geschützten Rechtsgut zum Ausschlußrecht verstärkt[1].

Den äußeren Wechsel vom deliktischen Interessenschutz zum Sonderrechtsschutz durch Anerkennung der Ausstattung als Kennzeichenrecht mit gleichem Rang neben dem eingetragenen Warenzeichen markiert die Entscheidung vom 26. 5. 1933 The white spot[2]. Die Kollision der als gleichrangig erkannten Rechte entschied das Reichsgericht fortan nach der Priorität. Der Gesetzgeber legalisierte die Rechtsprechung des Reichsgerichts durch die Gesetzesfassung vom 5. 5. 1936, die in § 25 WZG den Übergang vom reinen Deliktschutz zum Sonderrechtsschutz auch im Wortlaut erkennbar werden ließ. Seither ist der Charakter der Ausstattung als Ausschlußrecht und darauf basierend die Anwendbarkeit des Prioritätsgrundsatzes für die Kollision der älteren Ausstattung mit dem jüngeren Warenzeichen unbestritten[3].

Das Ausstattungsrecht ist ein rein materielles, weder in der Entstehung noch im Fortbestand von der Erfüllung förmlicher Voraussetzungen abhängiges Recht. Dementsprechend genießt das Ausstattungsrecht grundsätzlich keinen patentamtlichen Schutz, weder durch Berücksichtigung von Amts wegen als absolutes Eintragungshindernis nach § 4 WZG gegen die Eintragung jüngerer Warenzeichen, noch durch Berücksichtigung als relatives Eintragungshindernis im Widerspruchsverfahren gegen die Anmeldung jüngerer Warenzeichen nach § 5 Abs. 4 WZG. Auch die Amtslöschung durch das Patentamt kann nicht auf ein älteres Ausstattungsrecht gestützt werden[4].

---

1) Ähnliche Entscheidungen finden sich in RG MUW 27/28 S. 93 - Waldbaur vom 27. 9. 1927; RG MUW 27/28 S. 337 vom 2. 3. 1928 - Kathreiners Malzkaffee; RGZ 120/328 vom 30. 4. 1928 - Sonnengold
2) RGZ 141/110, 119; ebenso RG MUW 1935/26 vom 9. 10. 1934
3) z. B. RGZ 162/347 v. 4. 10. 1939 und BGHZ 5/1 - Hummelfiguren
4) Baumbach/Hefermehl, WZG 1969, 10. Aufl., § 4 Anm. 1; § 5 Rdz. 93, § 10 Rdz. 13; Reimer/Trüstedt, WZG 1966, 4. Aufl., 5. Kap. Anm. 1, 11. Kap. Anm. 8, 31. Kap. Anm. 1; von Gamm, WZG 1965, §4 Anm. 1, § 5 Anm. 13, § 10 Anm. 3; BPatG 4/90, 93 - Modeparade für das Widerspruchsverfahren

Eine Ausnahme gilt nur für die Ausstattung, die nach allgemeiner Kenntnis innerhalb der beteiligten inländischen Verkehrskreise bereits von einem anderen, für gleiche oder gleichartige Waren benutzt wird. Diese sogenannte notorische Ausstattung genießt auch ohne Eintragung Schutz als absolutes, von Amts wegen zu beachtendes Eintragungshindernis gegen die Eintragung jüngerer Warenzeichen, § 4 Abs. 2 Ziff. 5 WZG. Wie sich aus der Übernahme aus Art. 6 bis PVÜ ergibt, brauchen die sogenannten notorischen Zeichen nicht eingetragene Warenzeichen zu sein, vielmehr findet § 4 Abs. 2 Ziff. 5 WZG auch auf Ausstattungsrechte Anwendung[1]. Die Berücksichtigung als absolutes Eintragungshindernis verstärkt den Rechtsschutz der älteren notorischen Ausstattung erheblich, da ein dennoch eingetragenes jüngeres Warenzeichen gemäß § 4 Abs. 2 Ziff. 5, § 10 Abs. 2 Ziff. 2 WZG auch der patentamtlichen Amtslöschung unterliegt. Es ist deshalb kurz auf die Frage der Anforderungen an die Notorietät gemäß § 4 Abs. 2 Ziff. 5 WZG einzugehen. In diesem Zusammenhang ist insbesondere streitig, ob sich die Begriffe "allgemeine Kenntnis innerhalb der beteiligten inländischen Verkehrskreise § 4 Abs. 2 Ziff. 5 WZG" und "Verkehrsgeltung innerhalb beteiligter Verkehrskreise in § 25 WZG" decken oder nicht. Diese Frage wird in der Literatur verschieden beantwortet. Von einer Deckungsgleichheit der Anforderungen an die Verkehrsgeltung in § 25 WZG und § 4 Abs. 2 Ziff. 5 WZG gehen Ulmer[2], Becher[3] und Reimer[4] aus. Keine Anhänger hat die Meinung von Utescher gefunden, die Notorietät im Sinne von § 4 Abs. 2 Ziff. 5 WZG erfordere geringere Verkehrsgeltung als die in § 25 WZG[5]. Die heute wohl überwiegende Auffassung geht davon aus, daß für die sogenannte Notorietät in § 4 Abs. 2 Ziff. 5 WZG eine größere Verkehrsgeltung zu fordern sei, als für die Anerkennung aus Ausstattung gemäß § 25 WZG[6]. Zuzustimmen ist der letzteren Auffassung.

---

1) Baumbach Hefermehl, WZG 1967, 9. Aufl., § 4 Rdz. 103; Reimer Trüstedt, WZG 1966, 4. Aufl., 5. Kap., Rdz. 51
2) ZHR 114/43, 49
3) GRUR 51/489, 491
4) Reimer, Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht 1954, 3. Aufl., 5. Kap., Anm. 31
5) Utescher, GRUR 30/362
6) Baumbach Hefermehl, WZG 1967, 9. Aufl., § 4 Anm. 193; Reimer Trüstedt, WZG 1966, 4. Aufl., 15. Kap. Rdz. 6, S. 388; Heydt, GRUR 52/321, 324 sowie Lang, Diss. 1, 1953, S. 31

Zunächst spricht schon der Wortlaut des § 4 Abs. 2 Ziff. 5 WZG im Vergleich zu § 25 WZG gegen eine Synonymität der Begriffe. Während nämlich § 25 WZG lediglich die Verkehrsgeltung innerhalb beteiligter Verkehrskreise fordert, stellt § 4 Abs. 2 Ziff. 5 WZG darüber hinaus das Merkmal der allgemeinen Kenntnis innerhalb der beteiligten inländischen Verkehrskreise auf. Es ist auch unwahrscheinlich, daß der Gesetzgeber ohne besondere Vorstellung das Erfordernis der "allgemeinen Kenntnis" in § 4 Abs. 2 Ziff. 5 WZG in das WZG eingefügt hat, zumal damals das Reichsgericht für den Schutz als Ausstattung gelegentlich schon einen "nicht ganz unerheblichen Teil" der in Betracht kommenden Verkehrskreise für ausreichend hielt[1]. Auch die Entstehungsgeschichte des § 4 Abs. 2 Ziff. 5 WZG stützt die Annahme der Gleichheit der Begriffe nicht. Durch § 4 Abs. 2 Ziff. 5 WZG hat der deutsche Gesetzgeber den Art. 6 bis PVÜ in der Haager Fassung vom 6. 11. 1925 ins nationale Recht übertragen. Art. 6 bis PVÜ gibt selbst keine Umschreibung des Begriffs der sogenannten notorischen Marke. Da aber völkerrechtliche Verträge in erster Linie nach dem Willen der vertragschließenden Staaten auszulegen sind, hätte es eines Nachweises bedurft, daß die Vertragsparteien mit dem Begriff der Notorietät in Art. 6 bis PVÜ an die Anforderungen des deutschen Ausstattungsrechts anknüpfen wollten. Das ist schon deshalb nicht wahrscheinlich, weil unter den vertragschließenden Staaten sowohl solche waren, in denen das Markenrecht durch einfache Ingebrauchnahme ohne jede Verkehrsgeltung entstehen konnte (damals Frankreich gemäß dem Gesetz vom 23. 6. 1857) als auch solche, in denen das Eintragungsprinzip herrschte (Deutschland nach dem WZG von 1894).

Auch der Sinn und Zweck des § 4 Abs. 2 Ziff. 5 WZG spricht dafür, die Anforderungen an die allgemeine Kenntnis innerhalb der beteiligten inländischen Verkehrskreise höher zu veranschlagen, als die Verkehrsgeltung nach § 25 WZG. Zunächst bedeutet die Berücksichtigung der Notorietät gemäß § 4 Abs. 2 Ziff. 5 WZG als absolutes Eintragungshindernis ohnehin einen Ausnahmebestand im deutschen Warenzeichenrecht. Grundsätzlich finden Kennzeichenrechte Dritter nicht als absolute, sondern nur als relative Eintragungshindernisse Berücksichtigung. Schon dieser Charakter als Ausnahmeregelung verbietet eine Auslegung, die im Ergebnis die Unterscheidung von absoluten und relativen Eintragungshindernissen im Gesetz verwischen

---

1) RGZ 167/171 - Alpenmilch

würde. Die Berücksichtigung jeder Ausstattung im Rahmen des § 4 Abs. 2 Ziff. 5 WZG als absolutes Eintragungshindernis würde das Verhältnis von Regel und Ausnahme gerade umkehren. Der Widerspruch zur Regelung des § 5 Abs. 3 WZG, der keine Berücksichtigung, sondern nur eine fakultative Benachrichtung anderer eingetragener Warenzeichen vorsieht, wäre offenbar. Die Berücksichtigung der Ausstattung im Rahmen des § 4 Abs. 2 Ziff. 5 wäre auch eine ungerechtfertigte Benachteiligung des eingetragenen Warenzeichens. Wollte man, um dem zu entgehen, § 4 Abs. 2 Ziff. 5 auch auf das eingetragene, zur Verkehrsgeltung nach § 25 WZG erstarkte Warenzeichen anwenden, so würde das Widerspruchsverfahren im wesentlichen nur noch bei Vorratszeichen und kennzeichnungsschwachen Warenzeichen Anwendung finden. Auf die Auswirkungen einer solchen Auffassung auf die Prüfungstätigkeit des Patentamts braucht nur nebenbei hingewiesen zu werden. Man denke nur an die mit der Berücksichtigung örtlich beschränkter Ausstattungen, sowie ausländische Ausstattungen, die im Inland unter Umständen nur allgemein bekannt, nicht aber nutzt zu sein brauchen, verbundene Mehrarbeit[1].

Die Gleichsetzung der Verkehrsgeltung in § 25 WZG und der allgemeinen Kenntnis gemäß § 4 Abs. 2 Ziff. 5 WZG gefährdet schließlich die Systematik im Rechtsschutz der Kennzeichenrechte. Es wäre nicht recht einzusehen, warum einerseits das Bestehen eines auch nur örtlich beschränkten Ausstattungsrechtes mit einem absoluten Eintragungsverbot geschützt würde, während alle anderen Kennzeichenrechte weder durch das absolute Eintragungsverbot des § 4 Abs. 2 Ziff. 5 WZG noch durch ein im Widerspruchsverfahren geltend zu machendes relatives Eintragungshindernis nach § 5 Abs. 4 WZG gegen die Eintragung eines jüngeren Warenzeichens geschützt sind, vielmehr auf die Erhebung der außerzeichenrechtlichen Löschungsklage verwiesen werden. Unstreitig berechtigt das Ausstattungsrecht nach § 25 WZG weder zur Erhebung des Widerspruchs gegen die Anmeldung eines Warenzeichens nach § 5 Abs. 4 WZG[2] noch zur zeichenrechtlichen Löschungsklage nach § 11 Abs. 1 Ziff. 1 WZG. Das ältere Ausstattungsrecht ist

---

1) Baumbach/Hefermehl, Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht 1967, 9. Aufl., PVÜ Art. 6 bis Rdz. 2; Reimer/Trüstedt, WZG 1966, 4. Aufl., 5. Kap., S. 112

2) Baumbach/Hefermehl, WZG 1969, 10. Aufl., § 5 Rdz. 93; Reimer/Trüstedt, WZG 1966, 4. Aufl., 6. Kap. Rdz. 2, 3

ebenso wie die anderen Kennzeichenrechte auf die Erhebung der außerzeichenrechtlichen Löschungsklage verwiesen[1]. In diese gesetzliche Zuständigkeitsverteilung zwischen Patentamt und ordentlichem Gericht würde tief eingegriffen, würde man das Ausstattungsrecht nach § 25 WZG durch Gleichstellung mit der Notorietät in § 4 Abs. 2 Ziff. 5 WZG im Ergebnis dadurch von der Notwendigkeit der Erhebung der außerzeichenrechtlichen Löschungsklage befreien, daß es schon als absolutes Eintragungshindernis mit der Möglichkeit der Anregung zur Amtslöschung gemäß § 10 Abs. 2 Ziff. 2 WZG Berücksichtigung fände.

Abgesehen vom Fall des § 4 Abs. 2 Ziff. 5 WZG (Notorietät der Ausstattung) kann der Ausstattungsinhaber seine Rechte gegen die Eintragung eines jüngeren Warenzeichens nur durch die Erhebung der sogenannten außerzeichenrechtlichen Löschungsklage vor dem ordentlichen Gericht wahren. Die zeichenrechtliche Löschungsklage dagegen kann nur auf ein älteres eingetragenes Warenzeichen gestützt werden, § 11 Abs. 1 Ziff. 1 WZG[2]. Der Unterlassungsanspruch des älteren Ausstattungsberechtigten gemäß § 25 Abs. 1 WZG verstärkt sich zu einem Löschungsanspruch gegenüber dem eingetragenen Warenzeichen, da allein durch den Fortbestand der Eintragung die Beeinträchtigung des Ausstattungsrechts fortdauern würde. Ohne Löschung könnte der ältere Ausstattungsberechtigte z. B. seine Ausstattung nicht im einfachen Eintragungsverfahren auch als Warenzeichen eintragen lassen, da das jüngere Warenzeichen nach wie vor Widerspruch erheben könnte, im Widerspruchsverfahren aber wiederum der ältere Rang des Ausstattungsrechts unberücksichtigt bliebe. Der ältere Ausstattungsinhaber wäre deshalb gegenüber dem jüngeren Warenzeichen auf den umständlichen Weg der Eintragungsbewilligungsklage nach § 6 Abs. 2 Ziff. 2 WZG verwiesen. Da ihm dies nicht zuzumuten ist, umfaßt schon der Unterlassungsanspruch regelmäßig auch den Löschungsanspruch.

---

1) Baumbach/Hefermehl, WZG 1969, 10. Aufl., § 11 Rdz. 4, 8; Reimer/Trüstedt, WZG 1966, 4. Aufl., 31. Kap., Rdz. 12/30
2) Baumbach/Hefermehl, WZG 1969, 10. Aufl., § 11 Rdz. 7, § 25 Rdz. 105; Reimer/Trüstedt, WZG 1966, 4. Aufl., 31. Kap., Rdz. 30; von Gamm, WZG 1965, § 11 Rdz. 26

Die Kollision der älteren örtlich beschränkten Ausstattung mit dem jüngeren Warenzeichen

Die Regel, daß der Unterlassungsanspruch grundsätzlich auch den Löschungsanspruch umfaßt, gilt im Verhältnis von örtlich beschränkter älterer Ausstattung und jüngerem Warenzeichen nicht ohne weiteres. Die Rechtsprechung des Reichsgerichts stand allerdings nach der Anerkennung der Ausstattung als absolutes Recht zunächst auf dem Standpunkt, daß die örtlich beschränkte Ausstattung einen Unterlassungs- und Löschungsanspruch gegenüber dem jüngeren Warenzeichen begründe. In der Entscheidung Reinhardt Reichardt[1] standen sich ein älteres ab Magdeburg und Umgebung örtlich beschränktes Ausstattungsrecht nebst einem später eingetragenen Warenzeichen Reinhardt sowie ein Warenzeichen Reichardt gegenüber, das zwar jünger als das Ausstattungsrecht, jedoch älter als das übereinstimmende Warenzeichen Reinhardt war. Das Reichsgericht wies die Klage auf Unterlassung des Gebrauchs der Ausstattung und auf Löschung des unstreitig jüngeren Warenzeichens Reinhardt mit der Begründung ab, "es sei auch dann ein Mißbrauch des formalen Zeichenrechts, wenn dem eingetragenen Warenzeichen nur ein örtlich begrenztes Ausstattungsrecht gegenüberstehe." Die Entscheidung zum Unterlassungsanspruch begegnet keinen Bedenken. Zur Aufrechterhaltung des jüngeren Warenzeichens Reinhardt und zur Abweisung der Löschungsklage konnte das Reichsgericht dagegen nur gelangen, indem es der örtlich beschränkten Ausstattung auch über den örtlichen Bereich der Verkehrsgeltung hinaus Wirkung für die Entscheidung der Kollision der beiden Warenzeichen beimaß. In der Entscheidung Bienenzeichen[2] spricht das Reichsgericht aus, "daß der Inhaber eines bisher nur für ein begrenztes Gebiet (Stettin und Umgebung) bestehenden Ausstattungsschutzes berechtigt sei, sein bisheriges Absatzgebiet, in dem er bereits Verkehrsgeltung hatte, mit denselben oder gleichartigen Waren und demselben Zeichen zu erweitern." Da das Reichsgericht mit dieser Begründung das Urteil des OLG insoweit aufhob, erkannte es umgekehrt an, daß auch die örtlich beschränkte Ausstattung einen Löschungsanspruch gegen ein jüngeres Warenzeichen begründe.

Die uneingeschränkte Anwendung des Prioritätsgrundsatzes in der Form,

---

1) RG GRUR 30/322, 323

2) RG MUW 37/21, 24

daß auch die örtlich beschränkte Ausstattung die Löschungsklage gegenüber einem jüngeren Warenzeichen begründe, widerspricht sowohl der Interessenabwägung als auch wichtigen kennzeichenrechtlichen Grundsätzen. Zunächst hat der Ausstattungsberechtigte kein schutzwürdiges Interesse an der Löschung des Warenzeichens außerhalb des Wirtschaftsgebietes, in dem er selbst tätig ist und Verkehrsgeltung hat. Die Zubilligung eines Löschungsanspruches auch über das Gebiet der Verkehrsgeltung hinaus würde im Ergebnis den Unterschied zwischen der territorial beschränkten und der unbeschränkten Ausstattung verwischen, da auch die örtlich beschränkte Ausstattung sich gegen das Warenzeichen voll durchsetzen würde. Dies wäre um so widersprüchlicher, als bei der Kollision mit rein materiellen Rechten (Ausstattung, Unternehmenskennzeichen) allein der örtliche Umfang der Verkehrsgeltung auch den örtlichen Umfang des Unterlassungsanspruchs bestimmen würde. Umgekehrt ist auch die Auffassung, die örtlich beschränkte Ausstattung müsse dem später eingetragenen Warenzeichen gänzlich weichen, nicht vertretbar. Die örtlich beschränkte Ausstattung unter den Vorbehalt der späteren Eintragung eines Warenzeichens zu stellen, bedeutet im Ergebnis die Aberkennung der Rechtsqualität der örtlich beschränkten Ausstattung und deren Reduzierung auf einen lediglich tatsächlichen Besitzstand, der nur Schutz im Rahmen des § 1 UWG fände. Die Ausstattung ist jedoch ein dem Warenzeichen gleichwertiges, subjektiv absolutes Recht[1]. Auch die gesetzgeberische Vorstellung, auch kleineren Betrieben, denen der Erwerb eines Warenzeichens einerseits zu kostspielig und andererseits für den Geschäftsumfang nicht notwendig erschiene, in der Form der Ausstattung ein Ausschließlichkeitsrecht zur Verfügung zu stellen, würde weitgehend vereitelt. Der Erwerb des Ausstattungsrechtes wird in der Regel zunächst örtlich beschränkt sein, der Ausstattungsberechtigte bedarf aber schon in diesem Stadium eines wirksamen Rechtsschutzes. Dieser ist jedenfalls nicht gegeben, wenn er sein Ausstattungsrecht praktisch nur durch Anmeldung als Warenzeichen wirksam gegen spätere Eintragungen schützen könnte. Die ältere Rechtsprechung des Reichsgerichts ist seit der Anerkennung der Ausstattung als subjektiv absolutes Recht überholt. Die Lösung des Problems muß einerseits die Interessen des örtlich beschränkten Ausstattungsberechtigten an der Erhaltung des Ausstattungsrechtes und andererseits das Interesse des Verkehrs an der möglichen Freihaltung der Rolle für Eintragung berücksichtigen.

---

1) RGZ 141/119 - The white spot

Nicht gangbar ist der Weg, den Schutzbereich des jüngeren Warenzeichens durch Teillöschung bzw. Anbringung eines Vermerkes über die Beschränkung des örtlichen Schutzumfangs gegenüber dem örtlich beschränkten älteren Ausstattungsrecht festzulegen[1]. Der örtliche Umfang des Verbietungsrechtes ist gesetzlich zwingend festgelegt und kann deshalb weder von den Parteien noch von Amts wegen geändert werden. Ebenfalls unmöglich ist es, dem älteren Ausstattungsrecht lediglich ein örtlich beschränktes Vor- bzw. Weiterbenutzungsrecht gegenüber dem jüngeren Warenzeichen einzuräumen. Das Ausstattungsrecht ist in seinem rechtlichen Bestand von der Erhaltung der erforderlichen Verkehrsgeltung abhängig. Die Einräumung lediglich eines Benutzungsrechtes würde dazu führen, daß der jüngere Warenzeicheninhaber das ältere, örtlich beschränkte Ausstattungsrecht durch Vernichtung seiner Verkehrsgeltung zerstören könnte.

Der Schutz des örtlich beschränkten Ausstattungsrechts erfordert deshalb zwingend wenigstens ein Benutzungsverbot des jüngeren Warenzeichens im Schutzbereich des älteren Ausstattungsrechts. Das Benutzungsverbot ist aber grundsätzlich nur durch einen Unterlassungsanspruch, nicht aber durch die Löschungsklage durchzusetzen. Das Verbietungsrecht des Ausstattungsberechtigten reicht örtlich nicht weiter, als der örtliche Schutzbereich der Ausstattung selbst[2]. Fraglich kann nur sein, ob der örtlich beschränkten Ausstattung nicht ausnahmsweise doch ein Löschungsanspruch gegenüber dem jüngeren Warenzeichen zugebilligt werden muß. Ein schutzwürdiges Interesse an der Zubilligung eines Löschungsanspruchs ist gegeben, wenn anders die Beachtung des örtlichen Benutzungsverbots nicht gewährleistet ist[3]. Darunter fällt zunächst der Fall, daß der Geschäftsbetrieb des jüngeren Warenzeicheninhabers sich im örtlichen Schutzbereich der Ausstattung befindet. Die Rechtsordnung gewährt dem Warenzeicheninhaber ein Ausschlußrecht für das gesamte Gebiet des Erteilungsstaates deshalb, um die spätere Ent-

---

1) Baumbach/Hefermehl, WZG 1969, 10. Aufl., § 10 Rdz. 3, § 1 Rdz. 31; BGHZ 34/156 - Mon Cherie; RGZ 122/207, 209 - Bergmännle

2) Mielke, Werner, Diss. Hamburg 1951, Die Rechtsnatur der Warenausstattung und die Kollision von Warenzeichen und Ausstattung, S. 164; Reimer/Heydt, WZG 1966, 4. Aufl., 44. Kap., Rdz. 6; Baumbach/Hefermehl, WZG 1969, 10. Aufl., § 25 Rdz. 105; von Gamm, WZG 1965, § 25 Rdz. 30

3) Baumbach/Hefermehl, WZG 1969, 10. Aufl., § 25 Rdz. 105

wicklung zu einem materiellen Recht gleichen Umfangs zu begünstigen. Der Gedanke der Entwicklungsbegünstigung[1] kann dann nicht rechtmäßig verwirklicht werden, wenn die durch Benutzung erwartete Entwicklung nur durch ständige Verletzung des örtlichen Ausstattungsrechtes denkbar ist[2]. Da das Warenzeichenrecht Teil des Wettbewerbsrechts ist, darf das formale Zeichenrecht nur innerhalb der Grenzen des lauteren Wettbewerbs erworben und ausgeübt werden. Die Anwendung des § 1 UWG auf den Erwerb des jüngeren Warenzeichens bei Bestehen eines örtlich beschränkten älteren Ausstattungsrechtes kann jedoch nicht in dem ursprünglich in der Rechtsprechung des Reichsgerichts zum Ausdruck gekommenen Umfang Platz greifen. Diese Rechtsprechung diente der Überwindung des als zu eng erkannten Tatbestandes des § 15 WZG von 1894, der nur das vorsätzliche Handeln in Täuschungsabsicht als Verletzung der Ausstattung erfaßte. Als das Reichsgericht mit der Entscheidung The white spot[3] die Ausstattung als subjektiv absolutes Recht anerkannt hatte und dementsprechend im Fall der Kollision von Ausstattung und Warenzeichen nur die Priorität entscheidend berücksichtigte, mußte umgekehrt die Anwendung des § 1 UWG wieder auf eine subsidiäre Funktion eingeschränkt werden. Für die Kollision von älterer, örtlich beschränkter Ausstattung und jüngerem Warenzeichen ist dementsprechend die Aufgliederung danach, ob die Eintragung in Kenntnis der Ausstattung erfolgte oder ob die Kenntnis später erlangt wurde (sogenannter mala fides superveniens) nicht signifikant, da nicht der subjektive Tatbestand, sondern die Priorität allein entscheidet[4]. Auch für die Kollision der älteren, örtlich beschränkten Ausstattung und dem jüngeren Warenzeichen begründet deshalb die Kenntnis vom Bestehen des Ausstattungsrechtes nicht ohne weiteres den Löschungs-

---

1) Ulmer, Warenzeichen und unlauterer Wettbewerb 1929, S. 63, 69
2) so auch mit anderer, auf den subjektiven Tatbestand abgestellter Begründung Karola Fettweis, Der örtlich beschränkte Besitzstand an einer Warenausstattung, 1940, S. 29
3) RGZ 141/119
4) ebenso Mielke, Die Rechtsnatur der Warenausstattung und die Kollision zwischen Warenzeichen und Ausstattung, S. 157; anderer Ansicht Reimer, GRUR 31/467 ff, und ihm folgend Karola Fettweis, Der örtlich beschränkte Besitzstand an einer Warenausstattung, S. 25 ff.

anspruch. Wäre dies so, dann müßte das Warenzeichen in fast allen Fällen gelöscht werden, da wenigstens nachträgliche Kenntniserlangung der Regelfall sein wird. Die Zubilligung eines Löschungsanspruches kommt deshalb allenfalls bei einem unlauteren Erwerb der Priorität des Warenzeichens etwa dadurch in Betracht, daß die bevorstehende Anmeldung eines älteren, örtlich beschränkten Ausstattungsrechtes als Warenzeichen bewußt durch eine Anmeldung vereitelt werden soll.

Eine Amtslöschung nach § 10 Abs. 2 Ziff. 2 in Verbindung mit § 4 Abs. 2 Ziff. 5 WZG setzt voraus, daß die örtlich beschränkte Ausstattung zugleich innerhalb der beteiligten inländischen Verkehrskreise allgemein bekannt sein kann. Dies ist regelmäßig auszuschließen, eine Ausnahme ist nur denkbar, wenn etwa die Produktion und Absatzverhältnisse in einem Wirtschaftszweig regional beschränkt sind.

Die Kollisionsprobleme bei Firmenrechten

Die rechtlichen Voraussetzungen einer Kollision

Der örtliche Schutzbereich der Firma

Hinsichtlich des örtlichen Schutzbereichs bestehen Unterschiede zwischen § 37 Abs. 2 HGB einerseits und § 16 Abs. 1 UWG, § 12 BGB andererseits.

Der örtliche Schutzbereich des formalen Firmenschutzes ist gemäß § 37 Abs. 2, 30 Abs. 1 HGB auf das Gebiet desselben Ortes oder derselben Gemeinde beschränkt. Die örtliche Beschränkung entspricht den Bedürfnissen des formalen Registerverfahrens nach § 37 Abs. 1 HGB. Da § 37 Abs. 2 HGB nur eine Ausdehnung dieses formalen Rechtsschutzes geben will, kann der örtliche Schutzumfang hier nicht anders bemessen werden. Dies entspricht der heute herrschenden Auffassung[1]. Der in § 30 HGB festgelegte örtliche Schutzbereich entspricht allenfalls einer im wesentlichen handwerklich begrenzten Stufe der Produktion, nicht aber den wirtschaftlichen Gegebenheiten der regelmäßig überörtlich ausgedehnten industriellen Produktion. Die Rechtsprechung hat sich deshalb mit Recht zur Anwendung von Bestimmungen entschlossen, denen die örtliche Beschränkung des § 30 Abs. 1 HGB fehlt[2].

Einen weitergehenden örtlichen Schutzbereich gewähren der Firma die Bestimmungen des materiellen Firmenschutzes gemäß § 16 Abs. 1 UWG, § 12 BGB. In der Rechtsprechung des BGH wird die Auffassung vertreten, eine örtliche Beschränkung der Schutzwirkung auf einem bestimmten Wirtschaftsraum komme bei unterscheidungskräftigen Firmenbezeichnungen in der Regel nur in Betracht, wenn der Tätigkeitsbereich des fraglichen Unternehmens entsprechend seiner Eigenart ortsgebunden sei, wie dies im

---

1) z. B. RGZ 103/392 - Commerzbank; ständige Rechtsprechung Baumbach/Hefermehl, UWG 1964, 9. Aufl., § 16 Rdz. 94; Schlegelberger/Hildebrandt, HGB 1960, 4. Aufl., § 30 Rdz. 2; Soergel/Siebert, BGB allgemeiner Teil 1967, 10. Aufl., § 12 Rdz. 113

2) RGZ 75/372 - Stiller

allgemeinen bei Gaststätten zutreffe[1]. Diese Auffassung deckt sich mit der Rechtsprechung des Reichsgerichts. In der Entscheidung Neuerburg[2] heißt es: "§ 16 UWG erweitert den Schutz des Firmenrechts über die Vorschrift des § 30 HGB hinaus dahin, daß der Gebrauch fremder und der Mißbrauch eigener an sich berechtigt geführter Firmenbezeichnungen ohne örtliche Beschränkung verboten ist." In der Rauchfang-Entscheidung[3] nimmt das Reichsgericht eine Einschränkung lediglich für den Fall der ortsgebundenen Gaststättenbezeichnung vor. In der Koma-Entscheidung[4] bezeichnet der BGH die Auffassung des Reichsgerichts als ständige höchstrichterliche Rechtsprechung. Die Rechtsprechung des Reichsgerichts und des BGH hängt meines Erachtens eng mit der ursprünglich vom Reichsgericht vertretenen Auffassung der Rechtsnatur des Firmenrechts zusammen. Entsprechend seiner These, das Firmenrecht sei ein Persönlichkeitsrecht[5], mußte das Reichsgericht in der Frage des örtlichen Schutzumfangs konsequenterweise das Universalitätsprinzip vertreten[6]. Die Rechtsprechung ist aber deshalb abzulehnen, weil sie bei örtlich beschränkter wirtschaftlicher Betätigung unter der Firma zu einem nicht gerechtfertigten Anwartschaftsschutz führen würde. Es ist nicht recht einzusehen, wie die Abgrenzung von Unternehmen mit typischerweise begrenztem Tätigkeitsbereich von anderen aussehen soll. Selbst für das zumeist angeführte Beispiel der Gaststättenbezeichnung z. B. in der Rauchfang-Entscheidung hat der BGH in der Tabu I - Entscheidung[7] die Ausnahme wieder zugunsten der Regel durchbrochen und einen auf das Bundesgebiet erstreckten Schutzbereich anerkannt. Umgekehrt hat der BGH dagegen entgegen seiner Regel dem Namen eines Warenhauses mit örtlich beschränktem Tätigkeitsbereich nur einen örtlich beschränkten Schutz zuerkannt[8]. Der örtliche Schutzbereich des Firmenrechtes ist deshalb allgemein ohne Rücksicht auf die Natur des Betriebes auf einen dem gegenwärtigen Tätigkeitsbereich entsprechenden Wirtschaftsraum zu begrenzen. Zu-

---

1) BGH GRUR 61/537 - Arco
2) RGZ 114/96
3) RGZ 171/34
4) BGH GRUR 55/300
5) RGZ 9/104; 58/166, 169 und RGZ 158/231
6) z. B. RGZ 117/220 - Eskimo Pie
7) BGHZ 24/238, 243
8) BGHZ 11/214, 219 - KfA

künftige Entwicklungen können nur insoweit Berücksichtigung finden, als eine Ausdehnung entweder schon erkennbar bevorsteht oder aus der Anlage und dem Aufbau des Unternehmens in absehbarer Zeit zu erwarten ist[1].

Die Obergrenze des örtlichen Schutzbereichs der Firma nach § 16 Abs. 1 UWG, § 12 BGB fällt mit der Grenze des Bundesgebietes zusammen. Auch für die Firma gilt das Territorialitätsprinzip, das heißt das Firmenrecht findet seine äußerste Begrenzung bezüglich des örtlichen Schutzbereiches an der Grenze des rechtsverleihenden Staates, hier der Bundesrepublik Deutschland.

Wie bereits erwähnt hängt die Frage des örtlichen Schutzumfangs mit der Auffassung über die Rechtsnatur des Firmenrechtes zusammen. Das Reichsgericht hat die Theorie der persönlichkeitsrechtlichen Natur des Firmenrechtes vertreten[2]. Es lag deshalb nahe, in der Frage des örtlichen Schutzumfangs das sogenannte Universalitätsprinzip zu vertreten[3]. Diese Konsequenz ist aus praktischen Gründen abzulehnen. Sie führt, da der Schutz deutscher, im Ausland nicht benutzter Firmen kaum gewährt werden dürfte, lediglich zu einem sachlich nicht gerechtfertigten Schutz ausländischer und in Deutschland nicht benutzter Firmen. Die heute wohl überwiegende Auffassung sieht die Firma als Mischrecht sowohl mit vermögens- als auch persönlichkeitsrechtlichem Einschlag an[4]. Für die Frage der Begrenzung des örtlichen Schutzumfangs auf das Staatsgebiet läßt sich jedoch daraus nichts ableiten. Unpraktikabel und überdies ungerecht wäre es jedenfalls entsprechend dem unterschiedlichen persönlichkeitsrechtlichen Einschlag von Personal- und Sachfirma etwa einen Unterschied im örtlichen Schutzbereich zu folgern. Die Frage ist vielmehr unter Vernachlässigung der Unterschiede im Rechtscharakter einheitlich zu entscheiden. Dies läßt sich zwanglos am besten mit der Auffassung vereinen, die Fir-

---

1) BGHZ 8/392 - Fernsprechnummer; BGHZ 24/238, 243 - Tabu I; Baumbach/Hefermehl, UWG 1964, 9. Aufl., § 16 Rdz. 32; Ulmer/Reimer, Unlauterer Wettbewerb Bd. 3 Deutschland, Rdz. 239
2) RGZ 9/104; RGZ 58/166, 169; RGZ 158/231
3) RGZ 117/220 - Eskimo Pie
4) Ulmer, Urheberrecht § 19, S. 103; Baumbach/Hefermehl, UWG 9. Aufl. 1964, § 16 Rdz. 85

ma sei ein reines Immaterialgüterrecht[1]. Für Immaterialgüterrechte gilt jedoch nicht das Universalitätsprinzip, die Grenze ihres örtlichen Schutzbereiches wird vielmehr nach dem Territorialitätsprinzip bestimmt. Ein darüber hinausgehender Rechtsschutz kann dem Firmeninhaber allenfalls dann zustehen, wenn er gleichzeitig Inhaber eines neben der Firma bestehenden bürgerlichen Namens ist, der durch die gleiche Verletzungshandlung betroffen wird.

Der sachliche Schutzbereich der Firma

Auch hinsichtlich des sachlichen Schutzbereichs ist zwischen dem förmlichen Firmenschutz nach § 37 Abs. 2 HGB einerseits und dem materiellen gemäß § 16 Abs. 1 UWG und § 12 BGB andererseits zu unterscheiden.

§ 37 Abs. 2 Satz 1 HGB gewährt einen Unterlassungsanspruch gegen den unbefugten Gebrauch einer Firma durch einen anderen. Unbefugt im Sinne des § 37 Abs. 2 Satz 1 HGB ist der Gebrauch, wenn er gegen die firmenrechtlichen Bestimmungen des HGB verstößt. Nach § 30 Abs. 1 HGB muß sich jede neue Firma von allen an demselben Ort oder derselben Gemeinde bereits bestehenden und in das Handelsregister eingetragenen Firmen deutlich unterscheiden. Der Unterlassungsanspruch nach § 37 Abs. 2 Satz 1 HGB ist also sachlich beschränkt auf Firmen, die sich nicht deutlich unterscheiden. Der Begriff der deutlichen Unterscheidbarkeit wird in Rechtsprechung und Literatur verschieden ausgelegt. In der Literatur wird von den führenden Kommentatoren des HGB die Auffassung vertreten, der Begriff der deutlichen Unterscheidbarkeit decke sich sachlich mit dem Begriff der Verwechslungsgefahr in § 16 Abs. 1 UWG[2]. Das Reichsgericht vertrat dagegen in ständiger Rechtsprechung die Auffassung, die beiden Begriffe seien selbständig auszulegen[3]. In der Literatur wird die Auffassung des Reichsgerichts z. B. von Reimer gebilligt[4]. Die Auffassung des Reichs-

1) so schon Kohler, Warenzeichenrecht § 34 III und Reimer, Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht 1954, 3. Aufl., 57. Kap.

2) Baumbach/Duden, HGB 1968, 18. Aufl., § 30 Anm. B; Würdinger, Reichsgerichtsrätekommentar zum HGB 1953, 2. Aufl. § 30 Rdz. 7; Schlegelberger/Hildebrandt, Kommentar zum HGB 1960, 4. Aufl., § 30 Anm. 6

3) z. B. RGZ 44/103; RGZ 75/370

4) Ernst Reimer, GRUR 51/222; ebenso Baumbach/Hefermehl, UWG 1964, 9. Aufl., § 16 Rdz. 97

gerichts ist aus den nachfolgenden Gründen vorzuziehen. Im Zeitpunkt des Inkrafttretens des HGB am 1. 1. 1900 bestand bereits ein (beschränkter) materieller Firmenschutz gegen Verwechslungsabsicht gemäß dem damaligen § 8 UWG vom 1. 7. 1896. Es ist nicht sehr überzeugend, anzunehmen, der Gesetzgeber habe bei der Einführung des HGB den materiellen Firmenschutz des § 8 UWG (1896) wiederholen bzw., da er in § 37 Abs. 2 und § 30 Abs. 1 HGB auf die Verwechslungsabsicht verzichtete, sogar erweitern wollen. Bedeutsamer ist, daß § 37 HGB ein Registerverfahren regelt und § 37 Abs. 2 HGB nur über das registerrechtliche Verfahren nach § 37 Abs. 1 HGB demjenigen, der ein rechtliches Interesse daran hat, förmlichen Firmenschutz gewährleisten soll. § 37 Abs. 2, 30 Abs. 1 HGB bezwecken nach der Schutzrichtung in erster Linie den Schutz des Verkehrs vor Täuschungen, während der Schutz des Verletzten nur ein Nebenzweck ist. § 16 UWG verfolgt dagegen ganz überwiegend den Zweck, den Unternehmer zu schützen, während der Schutz des Verkehrs vor Täuschungen lediglich im Rahmen von § 3 UWG relevant ist.

Die Gleichsetzung von Verwechslungsgefahr und deutlicher Unterscheidbarkeit nach § 30 Abs. 1 HGB würde schließlich dazu führen, daß im registergerichtlichen Verfahren nach § 37 Abs. 1 HGB andere Maßstäbe anzulegen wären als bei der Unterlassungsklage nach § 37 Abs. 2 HGB. Die Prüfung der deutlichen Unterscheidbarkeit durch das Registergericht ist beschränkt auf das Verhältnis der neuen Firma zu den bereits bestehenden und in das Handelsregister eingetragenen Firmen. Das Registergericht ist dagegen nicht befugt, etwa die Schwächung der eingetragenen Firmen durch ähnliche, nicht eingetragene, aber bereits entstandene Firmen im Streit mit der neuen Firma zu berücksichtigen. Im Rahmen der Prüfung der Verwechslungsgefahr müßte die Schwächung der eingetragenen Firmen durch nicht eingetragene Firmen dagegen berücksichtigt werden. Geht man von der Synonymität der Begriffe in § 16 Abs. 1 UWG und § 30 Abs. 1 HGB aus, dann müßte sich eine neue Firma auch gegenüber der Unterlassungsklage des § 37 Abs. 2 HGB auf eine Schwächung der bereits bestehenden eingetragenen Firmen durch nicht eingetragene berufen können. Dies wiederum widerspricht dem Wortlaut des § 30 Abs. 1 HGB, der nur die Berücksichtigung eingetragener Firmen kennt. Auch die Prüfung der Verkehrsgeltung ist im registergerichtlichen Verfahren nach § 37 Abs. 1 HGB untunlich, da sie unter anderem von der Individualität der eingetragenen Firma abhängt und diese wiederum nicht ohne Berücksichtigung auch eventuell nicht eingetragener Firmen entschieden werden

kann. Schließlich weist Reimer[1] mit Recht darauf hin, daß im Rahmen des § 37 Abs. 2, 30 Abs. 1 HGB der Warenabstand ohne Berücksichtigung bleibt. Die Begriffe der Verwechslungsgefahr in § 16 Abs. 1 UWG und der deutlichen Unterscheidbarkeit in § 30 Abs. 1 HGB sind daher unabhängig voneinander. Gemeinsam ist beiden das Element der Ähnlichkeit. Während sich die Feststellung der deutlichen Unterscheidbarkeit mit der Verneinung der erforderlichen Ähnlichkeit erschöpft, kann bei der Prüfung der Verwechslungsgefahr der Mangel an Ähnlichkeit in begrenztem Umfang durch eine günstige Benutzungslage und erhöhte Verkehrsgeltung wettgemacht werden. Die Verwechslungsgefahr ist daher als umfassenderer Begriff anzusehen. Da der Firmenschutz nach § 37 Abs. 2, 30 Abs. 1 HGB auch örtlich beschränkt ist, kann hinsichtlich des sachlichen Schutzumfanges der Firma wegen der geringen Bedeutung auf § 37 Abs. 2 HGB verzichtet werden.

Ein weitergehender sachlicher Schutz kommt der Firma gemäß § 16 Abs. 1 UWG zu. § 16 Abs. 1 UWG gewährt der Firma Schutz gegen die unbefugte Benutzung einer verwechselbaren Firma. Der in § 16 Abs. 1 UWG niedergelegte Begriff der Verwechslungsgefahr ist im gesamten Kennzeichenrecht einheitlich auszulegen und entspricht insbesondere dem Begriff der Verwechslungsgefahr im Warenzeichenrecht gemäß § 31 WZG. Dies ist zunächst in der Rechtsprechung seit langem anerkannt[2]. Auch in der Literatur wird überwiegend die Auffassung vertreten, der Begriff der Verwechslungsgefahr sei im gesamten Kennzeichenrecht gleichbedeutend[3]. Der Einschränkung von Hefermehl[4], daß der Begriff der Verwechslungsgefahr nur

---

1) Reimer, Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht 1954, 3. Aufl., 59. Kap. Rdz. 3
2) RGZ 114/90; RGZ 117/219; RG JW 1926/1980; MUW 26/137; BGH GRUR 57/287 - Plasticummännchen; BGHZ 21/85, 90 - Spiegel; GRUR 57 282 - Karo As; BGHZ 28/320 - Quick und GRUR 64/28, 30 - Electrol
3) aus dem älteren Schrifttum z. B. Hagens, MUW 27/28 S. 291; Callmann, Der unlautere Wettbewerb 1929, § 16 Rdz. 38; aus der neueren Literatur Tetzner, WZG 1958, § 31 Rdz. 1; von Gamm, WZG 1965, § 31 Rdz. 1
4) Baumbach/Hefermehl, UWG 1964, 9. Aufl., § 16 Rdz. 55

hinsichtlich der Verwechslungsfähigkeit der Bezeichnungen selbst, nicht aber im übrigen übereinstimme, vermag ich nicht zuzustimmen. Es ist zwar einzuräumen, daß der Gegenstand der Verwechslung in § 31 WZG und in § 16 Abs. 1 UWG nicht übereinstimmt. Die Verwechslungsgefahr bezieht sich in § 31 WZG auf die Täuschung über die Herkunft von Waren, in § 16 Abs. 1 UWG speziell bei der Firma auf die Täuschung über die Person des Kaufmanns. Die Unterschiede im Gegenstand der Verwechslung schließen jedoch die Einheitlichkeit des Begriffs der Verwechslungsgefahr nicht aus. Prüfungsobjekt für die Ermittlung der Verwechslungsgefahr sind in jedem Falle die Vergleichszeichen selbst. Selbst die richtige Unterscheidung verwechselbarer Zeichen in verschiedenen Kennzeichnungsfunktionen schließt eine Verwechslung nicht aus. Der Verkehr wird ein neu auftauchendes Warenzeichen, selbst wenn er die Zeichenfunktion richtig erkennt, wirtschaftlich einer ihm schon bekannten Firma zuordnen, umgekehrt wird er bei der Neueinführung einer Firma annehmen, sie sei die Herstellerin der ihm schon durch ein Warenzeichen bekannten Waren. Die gegenseitige Überschneidung der kennzeichenrechtlichen Funktionen hat die Unterschiede der gesetzlichen Zeichenfunktionen für die Beurteilung der Verwechslungsgefahr bedeutungslos werden lassen. Der Einheitlichkeit des Begriffs der Verwechslungsgefahr widerspricht auch nicht die Erfahrungstatsache, daß im Firmenrecht, insbesondere bei den mit bürgerlichen Namen gebildeten Firmen, schon geringe Unterscheidungen die Verwechslungsgefahr ausschließen. Diese Erscheinung ist lediglich eine Folge der besonderen Fallgestaltung, daß wegen des häufigen Vorkommens bestimmter Personennamen die Individualität der mit ihnen gebildeten Firmen gering ist. Außerdem zwingt das Recht die Gleichnamigen ohnehin häufig zur Hinnahme einer gewissen Verwechslungsgefahr. Der Begriff der Verwechslungsgefahr ist daher in § 16 Abs. 1 UWG ebenso wie in § 31 WZG und im gesamten Kennzeichenrecht einheitlich auszulegen, so daß insoweit auf die Darstellung der mit der Verwechslungsgefahr verbundenen Fragen beim Warenzeichen verwiesen werden kann.

Der sachliche Schutzbereich der Firma nach § 12 BGB

Die Rechtsprechung hat den Schutz des § 12 BGB im Verlauf einer langen Entwicklung allmählich auf alle Arten von Firmen erstreckt, um der Unzulänglichkeit des Firmenschutzes nach § 37 Abs. 2 HGB zu entge-

hen[1]. Der BGH hat einen gewissen Abschluß durch die Anwendung des §12 BGB auch auf die Firma des Einzelkaufmanns erreicht[2]. In der Lehre ist die Anwendung des § 12 BGB auf die Firma heute nicht mehr ernsthaft bestritten[3]. Eine selbständige, über § 16 Abs. 1 UWG hinausgehende Bedeutung hat die Anwendung des § 12 BGB jedoch nur insoweit, als nicht nur das Hervorrufen von Verwechslungsgefahr, sondern auch das Hervorrufen von Verwässerungsgefahr gegenüber einem berühmten Firmenzeichen eine Interessenverletzung im Sinne des § 12 BGB darstellt. Die Voraussetzungen der Berühmtheit decken sich unabhängig von der Rechtsnatur des Kennzeichens. Lediglich die Schutzgrundlage für den sachlich übereinstimmenden Rechtsschutz ist für berühmte Zeichen mit Namensfunktion in § 12 BGB und für Zeichen ohne Namensfunktion aus § 823 Abs. 1 BGB unterschiedlich[4]. Auch der Begriff der Verwässerungsgefahr stimmt bei dem berühmten Zeichen mit und ohne Namensfunktion überein. Die Unterschiede der Kennzeichnungsfunktionen spielen demgegenüber keine Rolle, da sie sich gegenseitig weitgehend überschneiden. Für die Auslegung des Begriffs der Verwässerungsgefahr kann daher auf die Erörterungen im Warenzeichenrecht verwiesen werden.

Der Prioritätsgrundsatz im Firmenrecht

Bei der allgemeinen Erörterung des Prioritätsgrundsatzes im Kennzeichenrecht wurde bereits dargelegt, daß er entweder ausdrücklich oder wenigstens als stillschweigende Voraussetzung in allen kennzeichenrechtlichen Schutznormen enthalten ist. In § 37 Abs. 2 HGB ergibt er sich aus dem Zusammenhang mit § 30 Abs. 1 HGB. Danach muß sich die neue, mithin die prioritätsjüngere Firma von den bereits bestehenden und eingetragenen Firmen deutlich unterscheiden. Auch für § 16 Abs. 1 UWG gilt der

---

1) RGZ 100/182, 186 für die Firma einer Aktiengesellschaft mit Personennamen; RGZ 163/233 für die Firma einer GmbH; RGZ 114/90, 93 für die Firma der OHG, sofern sie den Namen eines Gesellschafters enthält
2) BGHZ 14/155, 159 - Farina
3) Baumbach/Hefermehl, UWG 1964, 9. Aufl., § 16 Rdz. 16 - 18
4) BGHZ 19/23 - Magirus; BGHZ 15/107 - Koma; BGH GRUR 60/550, 553 - Promonta; BGHZ 28/320 - Quick

Prioritätsgrundsatz als unausgesprochen innewohnende Voraussetzung[1]. Im Rahmen des § 12 BGB ist hinsichtlich der Geltung des Prioritätsgrundsatzes zu beachten, daß er ursprünglich nur für den Schutz des bürgerlichen Zwangsnamens Anwendung finden sollte. In diesem Zusammenhang konnte der Gesetzgeber gar nicht an eine Verankerung des zeichenrechtlichen Prioritätsprinzips denken, das Problem stellte sich vielmehr erst mit der Ausdehnung des § 12 BGB unter anderem auch auf das Firmenrecht. Im Rahmen des § 12 BGB kann daher die Frage nach der Geltung des Prioritätsgrundsatzes nur getrennt für den ursprünglichen Tatbestandsbereich (bürgerlicher Zwangsname) und die später durch die Rechtsprechung einbezogenen Kennzeichenrechte beantwortet werden. Insoweit § 12 BGB auf die Firma Anwendung findet, gilt grundsätzlich das Prioritätsprinzip im selben Umfang wie in § 37 Abs. 2, 30 HGB, § 16 Abs. 1 UWG. Ohne Einschränkung gilt dies jedoch nur für die Sachfirma. Für die unter Verwendung bürgerlicher Namen gebildete Firma, die sogenannte Personalfirma, ergibt sich jedoch eine erhebliche Einschränkung des Prioritätsprinzips insoweit, als seine Anwendung das Recht oder sogar die Pflicht zur Führung des Personennamens in der Firma entgegensteht.

Das Problem der Gleichnamigkeit im Firmenrecht

Die praktische bedeutsamste Ausnahme von dem Grundsatz, daß im Streit zweier Zeichenbenutzer der jüngere und zwar in der Regel vollständig unterliegt, ergibt sich in den Fällen des Gebrauchs des bürgerlichen Namens in jüngeren Kennzeichenrechten. Hinsichtlich der Verwendung des bürgerlichen Namens in Kennzeichenrechten kollidieren die gesetzgeberischen Vorstellungen im bürgerlichen Recht besonders im Handelsrecht einerseits und im allgemeinen Kennzeichenrecht andererseits. Während der Gesetzgeber im bürgerlichen Recht durch die Anknüpfung an familienrechtliche Verhältnisse für den Namenserwerb das Nebeneinanderbestehen mehrere, eventuell sogar viele Namensrechte am selben Namen voraussetzt, geht das Bestreben kennzeichenrechtlicher Bestimmungen gerade umgekehrt dahin, ein Nebeneinanderbestehen mehrerer Ausschlußrechte am selben Kennzeichen zu verhindern, da andernfalls die wirtschaftliche Funktion der Kennzeichenrechte beeinträchtigt würde. Die Widersprüchlichkeit der ge-

---

1) so RGZ 77/29 und für die Firma speziell RG GRUR 1911/148

setzlichen Regelung mußte sich besonders in der speziellen Fallgestaltung zuspitzen, daß der Gebrauch des bürgerlichen Namens in jüngeren Kennzeichenrechten von der Rechtsordnung nicht nur erlaubt, sondern zwingend vorgeschrieben wird, wie z. B. bezüglich der Bildung der Firma des Einzelkaufmanns gemäß § 18 HGB. Das Problem der Gleichnamigkeit im Kennzeichenrecht ist deshalb hauptsächlich in dieser besonderen Fallgestaltung erörtert worden, die Frage bedarf jedoch der allgemeineren Fassung, inwieweit der Gebrauch des bürgerlichen Namens in jüngeren Kennzeichenrechten gegenüber älteren zulässig ist.

Die Rechtsprechung des Reichsgerichts schwankte zunächst, ob der Gebrauch des Familiennamens in einer jüngeren Firma nur im Falle der durch § 18 HGB zwingend vorgeschriebenen Firmierung oder auch bei Bestehen einer Wahlmöglichkeit zulässig sei[1]. In der Folgezeit entschied das Reichsgericht sich für die Unterscheidung nach der firmenrechtlichen Notwendigkeit des Gebrauchs[2]. Auf die heftige Kritik der Literatur, die diese Unterscheidung nach der Notwendigkeit der Firmierung hauptsächlich mit dem zutreffenden Argument angriff, daß der Einzelkaufmann bei einer aus zwingenden wirtschaftlichen Gründen notwendigen Umwandlung des Geschäftes etwa in eine GmbH Gefahr laufe, mit seinem Namen in der Firma enteignet zu werden, schwächte das Reichsgericht seine Rechtsprechung mehr und mehr ab[3]. In der grundlegenden Jacoby-Entscheidung[4] gab das Reichsgericht Unterscheidung nach der Notwendigkeit der Firmierung ganz auf und stellte statt dessen das Gebot der Interessenabwägung in den Vordergrund, "das es verbiete, einem an sich ordnungsgemäß begründeten Besitzstand der jüngeren Firma, der nach einer gewissen Dauer zu einem wertvollen Vermögensgegenstand geworden sei, im Interesse des Inhabers der älteren Firma zu zerstören." Ebenso entschied das Reichsgericht in der Entscheidung Hä Orange[5]. Die bekannte Jacoby-Entscheidung brachte für das Problem des Gebrauchs des Familiennamens insoweit noch keine allgemein gültige Lösung, als ein verwirkungsähnlicher Sachverhalt entschei-

---

1) zweifelnd z. B. RG GRUR 1911/175 Horch im Falle einer GmbH
2) z. B. RGZ 110/234 - Malzmann; RGZ 111/67 - Arnheim; RGZ 116/210 - Stollwerck; RG JW 28/345 - Wagner
3) RG JW 29/3075 - Lykauf; MUW 30/128 - Fabisch
4) RG MUW 31/396
5) RGZ 170/270

dungserheblich berücksichtigt wurde. Die Rechtsprechung des BGH läßt weitergehend die redliche Benutzung des eigenen Namens im Geschäftsverkehr ohne Rücksicht darauf, ob sie für die Firmenbildung notwendig ist oder nicht, zu[1]. In der Kupferberg-Entscheidung[2] schränkt der BGH seine ältere Rechtsprechung insoweit ein, als für die Verwendung des Familiennamens zusätzlich ein schutzwürdiges Interesse verlangt wird und die Zulässigkeit der Firmierung überdies davon abhängig gemacht wird, daß der jüngere Benutzer im Rahmen des Zumutbaren das Erforderliche und Geeignete getan hat, um einer Verwechslungsgefahr zu begegnen. Ob diese Entscheidung nur auf den Sonderfall der berühmten Bezeichnung Kupferberg abgestellt ist oder der BGH damit allgemein wieder an die ältere Rechtsprechung des Reichsgerichts vor der Jacoby-Entscheidung anknüpfen will, bleibt abzuwarten.

In der Literatur wird der Gebrauch des bürgerlichen Namens überwiegend damit gerechtfertigt, daß die Persönlichkeit, die das Unternehmen trägt, auch die Möglichkeit haben muß, ihren Namen als Kennzeichnungsmittel zu verwerten[3]. Vielfach wird das Recht des Gebrauchs des Namens im Wirtschaftsleben als Ausfluß des allgemeinen Persönlichkeitsrechtes angesehen, da letzteres auch in den wirtschaftlichen Bereich reicht[4].

Damit ist die zeichenrechtliche Zulässigkeit des Gebrauchs des bürgerlichen Namens in jüngeren Kennzeichenrechten allgemein festgestellt. Die allgemeine Zulässigkeit des Gebrauchs des bürgerlichen Namens rechtfertigt jedoch nicht die Verwendung zu unlauterem Wettbewerb[5]. Die Umstände, die für die Unlauterkeit des Gebrauchs sprechen können, sind ähnlich wie im Falle des § 16 WZG sehr verschiedenartig. Die Beweislast für die Unlauterkeit des Gebrauchs des Familiennamens trägt derjenige, der sich auf die Unlauterkeit berufen will, mithin der ältere Zei-

---

1) z. B. BGH GRUR 51/410 - Luppy; BGHZ 4/96, 100 - Farina Urkölsch; BGHZ 14/155 - Farina rote Blume; BGH GRUR 60/36 - Zamek
2) BGH GRUR 66/623
3) z. B. Ulmer JW 1930/1864
4) Beier, GRUR 66/629
5) Baumbach/Hefermehl, UWG 1964, 9. Aufl., § 16 Rdz. 77; Reimer/Trüstedt, WZG 1966, 4. Aufl., 19. Kap. Rdz. 4; von Gamm, WZG 1965, § 16 Rdz. 25

cheninhaber. Neben der Beweislastverteilung ist ferner die Frage bedeutsam, wer zur Vermeidung von Verwechslungsgefahr eventuell Zusätze anzubringen verpflichtet ist. Obwohl das Prioritätsprinzip im Verhältnis von Gleichnamigen grundsätzlich unerheblich ist, behält es eine gewisse Bedeutung doch für die Entscheidung dieser Frage. Dementsprechend sind Rechtsprechung und Lehre überwiegend der Ansicht, daß grundsätzlich den Prioritätsjüngeren die Verpflichtung zur möglichsten Beseitigung von Verwechslungsgefahr trifft[1]. Besondere Umstände können jedoch im Einzelfall eine andere Entscheidung rechtfertigen. So hat die Rechtsprechung mit Recht im Falle des Ausscheidens des schuldlosen Mitbegründers aus einem seinen Familiennamen tragenden Unternehmen den prioritätsälteren Firmeninhaber zur Ausschaltung von Verwechslungsgefahr gegenüber der neu gegründeten Firma des Ausscheidenden für verpflichtet angesehen[2]. Eine generelle Interessenabwägung danach, ob der in der älteren Firma steckende Familienname noch mit dem des jetzigen Inhabers übereinstimme und dementsprechend die Bevorzugung der jüngeren mit dem eigenen Familiennamen gebildeten Firma vor der abgeleiteten älteren Firma halte ich nicht für gerechtfertigt[3]. Ein Vorrang des Persönlichkeitsrechts am Namen gegenüber dem reinen Immaterialgut der abgeleiteten Firma besteht in dieser Allgemeinheit nicht, vielmehr ist mit zunehmendem Alter des Bestehens nicht zuletzt auch wegen der Bewahrung des Verkehrs vor Täuschungsgefahr das Interesse an der unveränderten Erhaltung auch der abgeleiteten Firma stärker zu berücksichtigen.

Der für die Priorität maßgebliche Zeitpunkt bei Firmenrechten

Nachdem die Geltung des Prioritätsprinzips im Firmenrecht sowie die Einschränkungen desselben erörtert sind, gilt es, den für die Priorität der Firma maßgeblichen Zeitpunkt im einzelnen zu bestimmen.

Ohne besondere Bedeutung ist in diesem Zusammenhang der Rechtsschutz gemäß § 37 Abs. 2, 30 Abs. 1 HGB, da nach letzterer Bestimmung nur

---

1) Baumbach/Hefermehl, UWG 1964, 9. Aufl., § 16 Rdz. 77; von Gamm, WZG 1965, § 16 Rdz. 25 m. w. Nachw.

2) RG GRUR 1913/18 - Stiller; RG GRUR 29/1042 - Meyers; BGH GRUR 58/90 - Hänel

3) so aber Beier GRUR 66/629 Besprechung der Kupferberg-Entscheidung

bestehende und in das Handelsregister eingetragene Firmen Ansprüche geltend machen können. Die Anknüpfung des formellen Firmenschutzes an die Eintragung genügt den Erfordernissen des Geschäftsverkehrs dann nicht, wenn nach der Gründung des Geschäftes und Ingebrauchnahme einer Firma jedoch vor der Eintragung derselben ins Handelsregister Kollisionen mit zwischenzeitlich zur Entstehung gelangten Kennzeichenrechten eintreten.

Der materielle Firmenschutz gemäß § 12 BGB, § 16 Abs. 1 UWG beginnt deshalb regelmäßig mit der für die Entstehung der Firma ausreichenden Ingebrauchnahme im geschäftlichen Verkehr. Der BGH formuliert dies in der Dun Europa - Entscheidung[1] wie folgt: "Das Recht zur Führung einer Firma entsteht originär in der Person des Firmenträgers durch Annahme und Gebrauch des Firmennamens. Eine Eintragung ins Handelsregister ist dazu nicht erforderlich, soweit nicht die Begründung der Kaufmannseigenschaft des Firmenträgers von der Eintragung abhängt." Dies entspricht der ständigen Rechtsprechung[2]. Auch in der Literatur ist anerkannt, daß, von den noch zu besprechenden Ausnahmen abgesehen, die Priorität der Ingebrauchnahme der Firma im Rahmen von § 12 BGB, § 16 Abs. 1 UWG entscheidend ist[3].

Nach der gesetzlichen Definition des § 17 Abs. 1 HGB ist die Firma der Name des Kaufmanns, und zwar, wie sich aus § 4 HGB ergibt, der Name des Vollkaufmanns. Die Entstehung des Firmenrechts setzt daher die vorausgehende oder zumindest gleichzeitige Entstehung der Kaufmannseigenschaft voraus. Die Kaufmannseigenschaft wiederum kann in verschiedener Form erworben werden. Ohne Eintragung einer Firma entsteht die Kaufmannseigenschaft durch den Betrieb eines der in § 1 Abs. 2 HGB auf-

---

1) BGHZ 10/196, 204
2) z. B. RG GRUR 1911/148; RGZ 95/292, 294; BGHZ 21/88 - Spiegel
3) aus dem älteren Schrifttum z. B. Callmann, Der unlautere Wettbewerb, 1929, § 16 UWG, Rdz. 27, 96; Bussmann, Name Firma Marke, 1937, S. 89, 118; Reimer, Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht 1954, 3. Aufl. 59. Kap., Rdz. 6; aus dem neueren Schrifttum z. B. Würdinger in Großkommentar zum HGB 1967, 3. Aufl. § 37, Rdz. 36; Baumbach/Hefermehl, UWG 1964, 9. Aufl., § 16 Rdz. 37 und 93; Godin/Hoth, Wettbewerbsrecht § 16 Anm. 8 b; Tetzner, UWG 1957, 2. Aufl., § 16 Rdz. 19

geführten sogenannten Grundhandelsgewerbe. In diesem Falle entsteht die Firma mit der Ingebrauchnahme nach Beginn eines Grundhandelsgewerbes. Dies gilt für die offene Handelsgesellschaft und die Kommanditgesellschaft mit der Maßgabe, daß mit der Aufnahme eines Grundhandelsgewerbes die Gesellschaft nach außen errichtet ist. Die in der Gesellschaft vereinigten Personen sind dadurch Kaufleute, zugleich entsteht das Firmenrecht durch Ingebrauchnahme. § 105 Abs. 1, 161 Abs. 2, 6 Abs. 1 HGB. Die Eintragung ins Handelsregister gemäß § 106 Abs. 2 Satz 2 HGB hat keine konstitutive Bedeutung.

Handelt es sich nicht um den Betrieb eines Grundhandelsgewerbes, dann kann die Kaufmannseigenschaft nur durch konstitutive Eintragung ins Handelsregister erlangt werden, so im Falle des § 2 sowie des § 3 Abs. 2 HGB. Mit der Eintragung ins Handelsregister entstehen zugleich die Kaufmannseigenschaft und die Firma. Die Priorität bestimmt sich dann nach der Eintragung. Für die OHG und die KG bedeutet dies, daß, sofern der Geschäftsgegenstand nicht auf den Betrieb eines Grundhandelsgewerbes gerichtet ist, die Gesellschaft im Außenverhältnis erst mit der Eintragung der Firma entsteht, wodurch zugleich die in der OHG bzw. KG zusammengefaßten Gesellschafter Kaufmannseigenschaft erlangen und materieller Firmenschutz begründet wird. Die Priorität bestimmt sich nach der insoweit konstitutiven Eintragung der Firma im Handelsregister.

Nach § 6 Abs. 1 HGB finden die in Betreff der Kaufleute gegebenen Vorschriften auch auf die Handelsgesellschaften Anwendung. Für die Handelsgesellschaften, die zugleich juristische Personen sind, bedeutet dies, daß erst mit der die Rechtsfähigkeit begründenden Eintragung ins Handelsregister zugleich Kaufmannseigenschaft und Firmenrecht entstehen. Für die Aktiengesellschaft ergibt sich dies aus dem § 41 Abs. 1, 3 AktG, 6 Abs. 1 HGB. Für die Kommanditgesellschaft auf Aktien die §§ 279, 278 Abs. 3, 39 Abs. 1, 41 Abs. 1, 3 AktG, 6 Abs. 1 HGB. Die entsprechenden Bestimmungen für die GmbH finden sich in den §§ 13 Abs. 1, 13 Abs. 3 GmbHG, 6 HGB. Für die Genossenschaft schließlich gelten die §§ 13, 17 Abs. 2, 3 GenG, 6 HGB. Die praktische Bedeutung dieser Verschiebung der Priorität des Firmenrechts auf den Zeitpunkt der Eintragung ist aber nicht überzubewerten. Den in der Errichtung befindlichen juristischen Personen des Handelsrechts kann nämlich schon vor der Eintragung der Firma ins Handelsregister ein sachlich gleichbedeutender Namensschutz gemäß §§ 16 Abs. 1 UWG, 12 BGB mit der Priorität der Ingebrauchnahme zu-

kommen. Das ergibt sich meines Erachtens daraus, daß der errichteten, aber noch nicht als Rechtsperson entstandenen Kapitalgesellschaft von der Rechtsordnung in verschiedener Hinsicht Wirkung beigemessen wird. So hat die errichtete Aktiengesellschaft z. B. schon Verwaltungsorgane gemäß § 30 AktG, sie wird aus Rechtsgeschäften in ihrem Namen zwar nicht verpflichtet, jedoch berechtigt gemäß § 41 Abs. 1 Satz 2 AktG[1]. Es ist deshalb erforderlich, der errichteten Aktiengesellschaft Namensschutz zu gewähren, zumal Gläubigerinteressen durch diese Prioritätsverschiebung nicht berührt werden. (Auf diese Frage ist beim Namensschutz im einzelnen einzugehen.)

Die Ingebrauchnahme einer Firma ist ferner dann zur Begründung der Priorität ungenügend, wenn der gewählten Firma im Zeitpunkt der ersten Benutzung keine Unterscheidungskraft zukommt. Sowohl § 16 Abs. 1 UWG als auch § 12 BGB setzen die Fähigkeit des Zeichens zur namensmäßigen Individualisierung voraus. Die Priorität der Firma bestimmt sich mangels ursprünglicher Unterscheidungskraft nach dem Zeitpunkt, in dem sich die Firma derart durchgesetzt hat, daß der Verkehr ihr die erforderliche Unterscheidungskraft beimißt[2]. Bei der unter Verwendung des bürgerlichen Namens gebildeten Firma dürfen die Anforderungen an die Unterscheidungskraft nicht höher angesetzt werden, als es der Tendenz des HGB (§§ 17 ff HGB) entspricht, die Einheit von bürgerlichem Namen und Firma zu wahren. Es ist deshalb auch die mit einem Allerweltsnamen gebildete Firma als unterscheidungskräftig gemäß § 16 Abs. 1 UWG, § 12 BGB anzusehen, während Sachfirmen insoweit strengere Anforderungen rechtfertigen.

---

1) Baumbach/Hueck, AktG 1968, 13. Aufl., § 41 Rdz. 10
2) RG JW 1926/1434 - Mittelland; JW 1929/2603; JW 1933/2897 - Auto Licht; BGHZ 21/88 - Spiegel; Callmann, Der unlautere Wettbewerb, 1929, § 16 Rdz. 11; Baumbach/Hefermehl, UWG 1964, 9. Aufl., § 16 Rdz. 25; Würdinger in Großkommentar zum HGB 1967, 3. Aufl., § 37 Anm. 36; Tetzner, UWG 1957, 2. Aufl., § 16 Rdz. 2 und 21; Godin/Hoth, Wettbewerbsrecht 1957, § 16 Anm. 4 b

Die Kollision von Firma und Warenzeichen

Das Verhältnis von Firma und Warenzeichen

Bis zur Änderung des Warenzeichengesetzes vom 12. 5. 1894 bestand zwischen Firma und Warenzeichen schon deshalb keine Möglichkeit der Kollision, da als Warenzeichen nur Bildzeichen, nicht dagegen Wortzeichen eintragbar waren, während als Firmenzeichen heute wie damals nur Wortzeichen in Betracht kommen. Nach dem Wegfall der Unterscheidungsmöglichkeit hinsichtlich der äußeren Gestalt bleibt noch der Unterschied im Gegenstand der Kennzeichnung. Das Warenzeichen kennzeichnet nach der Definition in § 1 WZG die Herkunft von Waren aus einem Geschäftsbetrieb, die Firma ist nach der Definition des § 17 HGB der Name des Kaufmanns, mithin kennzeichnet die Firma also eine Person. Es bedarf daher der Erörterung, ob und inwieweit jeweils das eine Kennzeichenrecht durch die Verwendung eines identischen oder verwechselbaren Zeichens in der jeweils anderen kennzeichenrechtlichen Funktion beeinträchtigt werden kann.

Zunächst ist die Möglichkeit der Beeinträchtigung der Firma durch den Gebrauch als Warenzeichen zu erörtern.

Die Rechtsprechung des Reichsgerichts ging ursprünglich dahin, daß die Firma nicht gegen den Gebrauch zur Warenbezeichnung, sei es mit oder ohne Eintragung eines Warenzeichens, geschützt sei[1]. In der Entscheidung Birresborner Sprudel heißt es: "Das Recht des Klägers aus § 16 UWG geht nur dahin, der Beklagten die Benutzung der Worte Birresborner Sprudel in ihrer Firma, nicht auch dahin, ihr jede Verwendung dieser Worte, insbesondere zur Bezeichnung ihrer Waren zu untersagen." Diese Einschränkung des Firmenrechts auf den engeren Gebrauch im Schriftverkehr ist in der Literatur frühzeitig angegriffen worden[2].

---

1) RGZ 3 165, RGZ 22 58 Faber; RGZ 48 233 Solinger Stahlwaren unentschieden; RGZ 95 292, 294 Birresborner Sprudel

2) Seligsohn JW 1915 1395, Rosenthal JW 1924 702; Callmann, Der unlautere Wettbewerb, 1929, § 16 Rdz. 99 a

Die Auffassung des Reichsgerichts entsprach allerdings den mutmaßlichen Vorstellungen des historischen Gesetzgebers. Das ergibt sich zunächst aus der Fassung des damaligen § 13 WZG (1894), dem heutigen § 16 WZG. Darin hieß es auszugsweise: "Durch die Eintragung eines Warenzeichens wird niemand gehindert, seine Firma usw. auf Waren anzubringen". Das einschränkende Verbot warenzeichenmäßigen Gebrauchs fehlte dagegen. Diese die Prioritätsverhältnisse überhaupt nicht berücksichtigende Regelung ist nur so zu erklären, daß der Gesetzgeber in der Eintragung eines Warenzeichens überhaupt keine Beeinträchtigung des älteren Firmenrechts sah, vielmehr nur das Weiterbenutzungsrecht der älteren Firma nach der Eintragung eines Warenzeichens klarstellen wollte[1]. In dieselbe Richtung deutet auch die Tatsache, daß der Gesetzgeber den Fall der Kollision des älteren Firmenrechts mit dem Warenzeichen bei der Regelung der Löschungsgründe überhaupt unberücksichtigt gelassen hat. Schließlich wurde die ältere Rechtsprechung des Reichsgerichts noch begünstigt durch die zunächst verbreitete Auffassung, daß das Warenzeichen für die Dauer der Eintragung ein positives Benutzungsrecht gewähre. Diese Überschätzung der aus der Eintragung in die Zeichenrolle herrührenden formalen Rechtsposition gab das Reichsgericht erst in der Entscheidung vom 20. 9. 1927 auf[2]. Nach der noch zu erörternden Rechtsprechung des Reichsgerichts sah jenes im Gebrauch einer, wenn auch älteren Firma jedoch umgekehrt immer einen Eingriff in den Schutzbereich des wirksam entstandenen Warenzeichens. Das Reichsgericht sah sich deshalb genötigt, um eine sinnvolle Abgrenzung von Firma und Warenzeichen zu ermöglichen, das in § 13 (1894) ohne Einschränkung gewährte Weiterbenutzungsrecht dadurch einzuschränken, daß es in § 13 WZG das restriktive Merkmal des Verbots warenzeichenmäßiger Benutzung einführte[3]. Diese Rechtsprechung lief im Ergebnis auf die Annahme eines Rangverhältnisses zwischen Warenzeichen und Firma hinaus. Während das ältere Warenzeichen grundsätzlich, von Fällen der Gleichnamigkeit abgesehen, gegen die Verwendung als Firma geschützt wurde, sah das Reichsgericht in der Eintragung sowie dem Gebrauch eines Warenzeichens keinen Eingriff in das ältere Firmenrecht und beschränkte sogar das Benutzungsrecht der älteren Firma auf firmenmäßige Verwendung. Von einer Geltung des Prioritätsgrundsatzes konnte des -

---

1) Spengler GRUR 1953/160, 162

2) RGZ 118/76 Springendes Pferd

3) Riehle zur Kollision von Firma und Warenzeichen ZHR 128/33

halb im Verhältnis von Warenzeichen und Firma nur einseitig, nämlich zugunsten des Warenzeichens, die Rede sein.

Der Gesetzgeber wurde durch die ihm bekannte Rechtsprechung des Reichsgerichts veranlaßt, die Abgrenzung von Warenzeichen und Firma durch Beschränkung der Firma auf den firmenmäßigen Gebrauch im Gesetz zu verankern. Bei der Neufassung des § 16 WZG vom 5. 5. 1936 wollte der Gesetzgeber offenbar klarstellen, daß das Warenzeichen nur gegen warenzeichenmäßigen, nicht gegen firmenmäßigen Gebrauch geschützt sei. Durch die Neuregelung des § 16 Abs. 3 Satz 2 UWG wollte er Warenzeichen und Ausstattung vom Schutz gegen firmenmäßige Verwendung ausschließen. Der Zufall wollte es, daß die gesetzliche Neuregelung in einem Zeitpunkt erfolgte, als die Rechtsprechung des Reichsgerichts von der Trennung nach firmenmäßigen und warenzeichenmäßigem Gebrauch gerade abrückte und die Verbotsrechte beider Kennzeichen jeweils auf den firmenmäßigen und warenzeichenmäßigen Gebrauch zu erstrecken begann. Dadurch wurde die Rechtsprechung genötigt, sich auch über den Wortlaut des § 16 WZG bzw. § 16 Abs. 3 Satz 2 UWG hinwegzusetzen[1]. Die restriktive Auslegung des § 13 WZG (1894) durch die Einschränkung des Weiterbenutzungsrechts der älteren Firma gegenüber dem jüngeren Warenzeichen auf firmenmäßige Verwendung, nicht aber warenzeichenmäßigen Gebrauch, setzte eine befriedigende und praktikable Abgrenzung der beiden Begriffe voraus. Diese war nur gegeben, solange die Rechtsprechung den Begriff des "firmenmässigen Gebrauchs" unter Beschränkung auf den Schriftgebrauch eng auslegte, so daß er insbesondere die Verwendung zur Warenbezeichnung nicht erfaßte[2].

Es finden sich aber schon in älteren Urteilen des Reichsgerichts Ausführungen, die die Verwendung eines Namens, einer Firma zur Warenbezeichnung als firmenmäßig ansehen und damit die Unterscheidung nach firmenmäßigem und warenzeichenmäßigem Gebrauch in Frage stellen[3]. Der BGH

---

1) von Gamm, WZG 1965, § 16 Rdz. 23

2) so z. B. noch RGZ 87 151 Lanolin, RGZ 95 294 Birresborner Sprudel

3) RG GRUR 1912 238 Voemel, MUW 24 156 Pioto, RGZ 109 213, 215 Kwatta, RGZ 114 90 Neuerburg, RGZ 117 215, 222 Eskimo Pie, RGZ 114 276 Axa, JW 1930 1699 Valvoline, RGZ 115 401 Salamander

hat die Unterscheidung zwischen warenzeichenmäßigem und firmenmäßigem Gebrauch der Sache nach gänzlich fallen lassen. Nach der gefestigten Rechtsprechung des BGH greift der Gebrauch einer Firma als Warenzeichen in den Schutzbereich der Firma ein. Regelmäßig enthält der warenzeichenmäßige Gebrauch zugleich einen firmenmäßigen. Das Verbot und das Benutzungsrecht erstrecken sich auf die Verwendung in jeder Kennzeichnungsform. Die Formulierung des BGH im Magirus-Urteil[1], "ältere Firmenkennzeichnungen setzen aber der firmenmäßigen Benutzung von Warenzeichen dann eine Schranke, wenn durch einen solchen Gebrauch eine Verwechslungsgefahr in Ansehung der Firmenbezeichnungen entsteht", ist deshalb irreführend. Sie erweckt nämlich den Eindruck, daß die Verwendung lediglich als Warenzeichen nicht firmenmäßig und mangels Verwechslungsgefahr zulässig sei. Dem Urteil lag aber die besondere Fallgestaltung zugrunde, daß der ältere Firmeninhaber seine Rechte, gegen die Benutzung des Zeichens als Warenzeichen vorzugehen, in der Vergangenheit verwirkt hatte. Die Begründung des BGH soll deshalb wohl nur bedeuten, daß dem jüngeren Warenzeichen in diesem Falle das sonst gegebene Recht, das Warenzeichen auch zur Firmenbezeichnung zu verwenden, ausnahmsweise versagt bleibe, um das ältere Firmenrecht nicht noch weiter zu beeinträchtigen. Der BGH hat überdies die im Magirus-Urteil ausgesprochene Trennung in warenzeichenmäßigen und firmenmäßigen Gebrauch nicht weiter verfolgt. Für die Entscheidung der Kollision von Firma und Warenzeichen ist daher mangels einer Möglichkeit der Trennung der Kennzeichnungsfunktionen grundsätzlich das Prioritätsprinzip maßgeblich[2]. Ausnahmsweise läßt sich eine Abgrenzung dann vornehmen, wenn unter der Firma dem Verkehr erkennbar ein reiner Dienstleistungsbetrieb geführt wird und demgegenüber das Warenzeichen nur die Herkunft von Waren bezeichnet[3]. Diese auch von der älteren Literatur überwiegend vertretene Auffassung ist heute unbestritten[4].

---

1) BGHZ 19/23, 29

2) BGH GRUR 55/481 Hamburger Kinderstube; BGHZ 15/107, 110 Koma, BGHZ 18/4 Hückel; BGHZ 34/92 ESDE; BGH GRUR 58/302; GRUR 61/535, 537

3) BGH GRUR 57/433 Hubertus

4) z. B. Callmann, Der unlautere Wettbewerb, 1929, § 16 Rdz. 99 a; Rosenthal, Wettbewerbsgesetz, 1927, 6. Aufl., § 16 Rdz. 8; Reimer, Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, 1954, 3. Aufl., 52. Kap., Rdz. 5; Baumbach/Hefermehl, UWG 1964, 9. Aufl., § 16 Rdz. 96; von Gamm, WZG 1965, § 16 Rdz. 23; Reimer/Trüstedt, 1966, WZG, 26. Kap., Rdz. 9; Riehle, ZHR 128/12

Dieser Auffassung ist zuzustimmen. Ihr liegt die richtige Erkenntnis zugrunde, daß die Kennzeichnungsfunktionen von Firma und Warenzeichen nichts wesentlich Verschiedenes sind, sondern im Verhältnis von umfassenderer (Firma) zu beschränkter (Warenzeichen) stehen. Die Kennzeichnungsfunktion der Firma umfaßt die beschränktere Warenzeichenfunktion[1]. Die Firma kennzeichnet unmittelbar die Person des Firmeninhabers bzw. da dieser meist unbekannt bleibt, nach der Verkehrsauffassung das Unternehmen. Mittelbar kennzeichnet die Firma auch die Herkunft der aus dem Betrieb stammenden Waren. Der Verkehr wird, wenn er auf Waren ein ihm schon bekanntes Firmenzeichen in gleicher oder ähnlicher Form wiederfindet, zu der Auffassung verleitet, entweder es handle sich um die auf den Waren angebrachte Firma selbst oder der Firmeninhaber bediene sich zur Kennzeichnung seiner Ware nunmehr eines der Firma ähnlichen Warenzeichens. In jedem Falle tritt eine Zurechnung zum Betrieb des Firmeninhabers ein, die diesen zu beeinträchtigen vermag. Die Beeinträchtigung liegt darin, daß der mit den verschiedenen Kennzeichenrechten gleichermaßen verfolgte Zweck der Förderung der eigenen Geschäftstätigkeit gefährdet wird. Das liegt bei identischen Zeichen auf der Hand, bei lediglich verwechselbaren gilt es jedoch nicht minder, da die Unterschiede der Zeichenfunktionen in der Verkehrsauffassung nicht verwurzelt sind. Die Unterscheidung des warenzeichenmäßigen und firmenmäßigen Gebrauchs ist aber auch durch die Ausdehnung des Begriffs der Verwechslungsgefahr hinsichtlich des Gegenstands der Verwechslung durch die Rechtsprechung unmöglich gemacht worden. Die Rechtsprechung hat den Gegenstand der Verwechslung von den Vergleichszeichen selbst über die Unternehmen bis zur Annahme von wirtschaftlichen Zusammenhängen ausgedehnt (mittelbare Verwechslungsgefahr). Gerade die Hereinnahme der mittelbaren Verwechslungsgefahr durch Annahme von Betriebszusammenhängen in den Begriff der Verwechslungsgefahr schließt andererseits eine sachlich erhebliche Unterscheidung der Kennzeichnungsfunktionen aus.

Die individualisierende Wirkung der Firma wird schließlich nicht ausreichend durch den sog. Schriftgebrauch, sondern vielmehr durch die unter der Firma vertriebenen Leistungen erzielt. Die Firma bedarf deshalb gerade auch des Schutzes in ihrer mittelbaren Herkunftsfunktion, um die Erfüllung der Namensfunktion zu verwirklichen.

---

1) Riehle ZHR 128/12

Die Möglichkeit der Beeinträchtigung des Warenzeichens durch den Gebrauch als Firma

Da die Kennzeichnungsfunktion des Warenzeichens gegenüber der der Firma enger ist, mußte die Rechtsprechung, wollte sie den Zeichenschutz nicht aushöhlen, die Benutzung eines Warenzeichens als Firma als eine Beeinträchtigung des Warenzeichens untersagen. Die ständige Rechtsprechung des Reichsgerichts ging dementsprechend dahin, im Gebrauch eines Warenzeichens zur Kennzeichnung einer Firma eine Verletzung des Warenzeichenrechts zu sehen. In der Entscheidung Salem Aleikum[1] heißt es: "Da nun eine Firma zunächst und unmittelbar zwar nur der Bezeichnung des Geschäftsbetriebs dient, mittelbar dadurch aber auch die Herkunft der aus ihm stammenden Waren kennzeichnet, so wird das Warenzeichen auch dadurch, daß es in einer Firma als deren Bestandteil gebraucht wird, in einer Weise verwendet, die in den nach § 12 (1896) WZG geschützten Rechtskreis des Warenzeichenschutzes eingreift. Wer in einem Geschäft kauft, das als Firma ein bekanntes oder mit diesem verwechselbares geschütztes Warenzeichen führt, nimmt ohne weiteres an, er erhalte mit jenem Warenzeichen versehene und dadurch gekennzeichnete Waren[2]. Der Bundesgerichtshof hat die Rechtsprechung des Reichsgerichts vorbehaltlos gebilligt[3].

Auch in der Literatur ist die Rechtsprechung, soweit ersichtlich, unbestritten[4].

---

1) RGZ 100/267
2) so auch RGZ 71/41, 43 Atika; RG JW 1924/1159 f Constantinu; RG MUW 23/222 f Ulema; RGZ 110/234, 236 Malzmann, RG JW 26/1977 Schuhhof, RG JW 26/1155 Adler; GRUR 35/962, 963 Lignose, OLG Dresden MUW 23/226 Triglav
3) BGH GRUR 54/123 f Auto Fox; GRUR 55/95, 96 Buchgemeinschaft;GRUR 55/415, 416 Arctuvan; GRUR 57/228 Astrawolle; GRUR 57/433 Hubertus
4) aus dem älteren Schrifttum z. B. Rosenthal, Wettbewerbsgesetz 1927, 6. Aufl., § 16 Rdz. 10 und Rdz. 75; Callmann, Der unlautere Wettbewerb, 1929, § 16 Rdz. 140 a; Reimer, Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, 1954, 3. Aufl., 27. Kap., Rdz. 18; Bußmann, Name Firma Marke, 1937, S. 215 sowie aus dem neueren Schrifttum Baumbach/Hefermehl, WZG 1967, 9. Aufl., § 15 Rdz. 53; Reimer/Trüstedt, WZG 1966, 4. Aufl., 19. Kap. Rdz. 17; von Gamm, WZG 1965, § 16, Rdz. 23; Riehle, ZHR 128/1, 12, 15

Für die Möglichkeit der Beeinträchtigung der Firma durch den Erwerb eines Ausstattungsrechtes und umgekehrt des Ausstattungsrechtes durch den Gebrauch als Firma gilt nichts Abweichendes, da sich die Kennzeichnungsfunktionen des Ausstattungsrechtes und des Warenzeichens decken. In der Rechtsprechung des Reichsgerichts kommt die aufgezeigte stufenweise Entwicklung bei der Beurteilung des Verhältnisses jedoch nicht zum Ausdruck, da das Reichsgericht das Ausstattungsrecht erst in einem Zeitpunkt als subjektives absolutes Recht anerkannte, als es auch im Verhältnis von Firma und Warenzeichen unter Aufgabe der älteren Rechtsprechung die Möglichkeit gegenseitiger Beeinträchtigung anerkannt hatte[1].

Die Kollision von älterer Firma und jüngerem Warenzeichen

Die Unterscheidung der Kollision von älterer Firma mit jüngerem Warenzeichen einerseits und jüngerer Firma mit älterem Warenzeichen andererseits ist wegen der Verschiedenheit der Anspruchsgrundlagen nach sachlichem Umfang und der Geltendmachung erforderlich. Innerhalb der beiden Fallgruppen ist eine weitere Aufgliederung angebracht, wenn ein jeweils jüngeres Kennzeichenrecht den Personennamen des Benutzers enthält.

Zunächst ist die Kollision von älterer Phantasiefirma und jüngerem Phantasie-Warenzeichen zu behandeln.

Anspruchsgrundlagen für die Geltendmachung von Ansprüchen aus dem älteren Firmenrechte sind die §§ 24 WZG, 16[I] UWG und § 12 BGB. Wie bereits erörtert ist die Priorität maßgeblich für die Entscheidung der Kollision von Kennzeichenrechten. Die Priorität des Warenzeichens wird grundsätzlich durch den Zeitpunkt der Anmeldung, die Priorität der Firma grundsätzlich durch den Zeitpunkt der Ingebrauchnahme fixiert. § 24 Abs. 1 WZG schützt neben dem Warenzeichen auch Name und Firma. Streitig ist in diesem Zusammenhang, ob der Unterlassungsanspruch nach § 24 Abs. 1 WZG Warengleichartigkeit voraussetzt. Die Frage ist zwar von geringer praktischer Bedeutung, da jedenfalls die parallelen Ansprüche aus § 16 Abs. 1 UWG und § 12 BGB Warengleichartigkeit nicht erfordern. Dementsprechend sind ausdrückliche Stellungnahmen der Rechtsprechung vereinzelt geblieben. Das Reichsgericht bestand auf dem Erfordernis der Warengleichartigkeit in

---

1) RG v. 26. 5. 1933 = RGZ 141/110, 119 The white spot

dem Urteil Neuerburg[1]. Dieser Auffassung vermag ich nicht beizupflichten. § 24 Abs. 1 WZG erfüllt den gesetzgeberischen Zweck, das Verbietungsrecht von Name und Firma hinsichtlich der Benutzungsformen mit dem Warenzeichen gleichzustellen. Über den sachlichen Schutzumfang sagt er selbst nichts, der Tatbestand deutet mit dem Merkmal der "Widerrechtlichkeit" jedoch an, daß Schutzvoraussetzungen und Schutzumfang anderen Bestimmungen zu entnehmen sind. Für den Schutz des Warenzeichens ergibt sich eine sachliche Schutzbegrenzung aus § 5 Abs. 4 WZG durch das Erfordernis der Warengleichartigkeit. Dieses Erfordernis ist dem Firmenrecht jedoch unbekannt, für das Namensrecht ist es vollends undenkbar, da der Name auch ohne eigene geschäftliche Verwendung gegen fremden geschäftlichen Gebrauch geschützt ist. Das Merkmal der Warengleichartigkeit ist beim Schutz der Firma auch deshalb nicht brauchbar, weil es notwendig in anderer Auslegung angewendet werden müßte als beim Warenzeichen. Für den Schutz des Warenzeichens sind maßgeblich die eingetragenen und die diesen gleichartigen Waren. Da das Firmenrecht eine Eintragung der herzustellenden Waren nicht kennt, müßte die Warengleichartigkeit an den tatsächlich geführten Waren ermittelt werden. Der Begriff der Warengleichartigkeit wäre beim Firmenschutz gemäß § 24 Abs. 1 WZG danach ein anderer als beim Schutz des Warenzeichens. Die Warengleichartigkeit ist deshalb beim Firmen- und Namensschutz des § 24 WZG lediglich als mitbegründendes Merkmal der Verwechslungsgefahr zu berücksichtigen[2]. Der Unter-

---

1) RGZ 114/90, 92; ebenso Siebert BB 1959/641, 643; Busse WZG § 24 Rdz. 4; Riehle ZHR 128/29, 30; eine vermittelnde Ansicht vertrat Reimer, Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, 1954, 3. Aufl., 51. Kap., Rdz. 10

2) Im Ergebnis zustimmend RG GRUR 37/148, 152 Kronprinz; für § 16 UWG GRUR 32/622, 624 Terranova; RG JW 27/653, 654 Salvator; GRUR 36/60/62 Hageda; BGH GRUR 57/125, 127, 128 Troika; GRUR 54/457 Irus Urus; GRUR 59/484 Condux; GRUR 60/296 Reiherstieg. Aus der Literatur: Callmann, Der unlautere Wettbewerb, 1932, 2. Aufl., § 16 Anm. 103; Tetzner, WZG 1958, § 24 Anm. 2; von Gamm, WZG 1965, § 24 Rdz. 11; Baumbach/Hefermehl, WZG 1969, 10. Aufl., § 24 Rdz. 2

lassungsanspruch ist deshalb sachlich gemäß dem § 24 Abs. 1 WZG, § 16 Abs. 1 UWG und § 12 BGB gleichermaßen lediglich durch das Erfordernis der Verwechslungsgefahr begrenzt, in § 12 BGB wird zusätzlich unter der besonderen Voraussetzung der Berühmtheit Schutz gegen Verwässerungsgefahr gewährt.

Die §§ 37 Abs. 2 HGB, 24 Abs. 1 WZG, 16 Abs. 1 UWG und § 12 BGB gewähren zunächst nur einen Unterlassungsanspruch, der den Fortbestand des Warenzeichens in der Rolle unberührt läßt. Der ältere Firmenberechtigte hat aber darüber hinaus ein schutzwürdiges Interesse auch an der Löschung des Warenzeichens. Dies galt besonders für die Phase der Rechtsprechung des Reichsgerichts, in der für die Dauer der Eintragung eines Warenzeichens dem Warenzeicheninhaber ein positives Benutzungsrecht gewährt wurde[1]. Die ältere Firma kann im Widerspruchsverfahren gemäß § 5 Abs. 4 WZG keine Berücksichtigung finden, da nur das Warenzeichen bzw. die aufgrund Anmeldung eines Warenzeichens entstandene anwartschaftliche Position zum Widerspruch berechtigt[2]. Auch die zeichenrechtliche Löschungsklage gemäß § 11 Abs. 1 Ziff. 1 WZG kann nur auf ein eingetragenes Warenzeichen, nicht auf ein älteres Firmenrecht gestützt werden. Die zeichenrechtliche Löschungsklage korrespondiert in ihrem Umfang mit dem Widerspruchsverfahren[3].

Die Rechtsprechung hat deshalb schon frühzeitig im Rahmen der Unterlassungsklage auch die im Gesetz nicht erwähnte Klage auf Löschung zugelassen. In RGZ 22/60 heißt es z. B.: "schon die Anmeldung zur Eintragung mit dem Erfolg der Eintragung stellt einen Gebrauch der Firma dar, der Anspruch auf Löschung ergibt sich ohne weiteres aus dem Anspruch auf Untersagung des Gebrauchs"[4]. Der BGH formuliert häufig, daß die Berufung auf ein formales Zeichenrecht gegenüber einem älteren sachlichen

---

1) RGZ 64 273, 275, RGZ 92 383, 386; aufgegeben erst in RGZ 118 76 Springendes Pferd
2) BPatGE 4/93 Modeparade
3) BGH GRUR 63/263, 265 Formfit
4) ständige Rechtsprechung so RGZ 3/120, 121; RGZ 22/58 f; RGZ 37/58 f für § 37 Abs. 2 HGB sowie bezüglich der Löschung von Warenzeichen: RGZ 95/292; RGZ 117/215, 221 Eskimo Pie

(Namens- oder Firmen) Recht, in dessen Schutzbereich das jüngere Zeichen fällt, dem Grundsatz von Treu und Glauben widerspricht und deshalb rechtsmißbräuchlich sei[1]. Die Rechtsprechung ist auch in der Literatur weitgehend unbestritten[2]. Ohne praktische Bedeutung ist, ob die sog. "außerzeichenrechtliche" Löschungsklage vermittels Analogie zur Spezialbestimmung der zeichenrechtlichen Löschungsklage gemäß § 11 Abs. 1 Ziff. 1 WZG gewonnen wird oder mit der Anwendung der §§ 1 UWG, 1004 BGB begründet wird.

Nach der Aufgabe der Rechtsprechung des Reichsgerichts vom sog. positiven Benutzungsrecht während der Dauer der Eintragung läßt sich meines Erachtens der Löschungsanspruch nicht mehr mit der Fortdauer der Störung des älteren Firmenberechtigten begründen.

Nach Einführung des Benutzungszwangs in das deutsche Warenzeichenrecht läßt sich der Löschungsanspruch jedoch damit rechtfertigen, daß mit Rechtskraft des Unterlassungsurteils das Warenzeichen ohnehin endgültig löschungsreif ist. Eine Amtslöschung scheitert aber an der verfahrensmässigen Schwierigkeit, daß dem Patentamt die im ordentlichen Gerichtsverfahren ergangenen Unterlassungsurteile nicht bekannt werden müssen.

Zu beachten ist, daß der Löschungsanspruch sachlich nicht weiterreichen darf, als der reine Unterlassungsanspruch. Der Unterlassungsanspruch aus dem älteren Firmenrecht kann aber dann örtlich beschränkt sein, wenn das unter der Firma betriebene Unternehmen nach seiner Art ortsgebunden ist, wie z. B. zumeist Gaststättenbezeichnungen[3]. Ein Löschungsanspruch ist im Falle der Kollision der älteren, aber örtlich beschränkten Firma mit dem jüngeren Warenzeichen nur insoweit zuzubilligen, als die Beachtung des örtlichen Benutzungsverbots es zwingend erfordert. In Anlehnung an die für die Kollision von örtlich beschränkter Ausstattung und

---

1) BGHZ 15/107 Koma; BGHZ 21/85, 88 Spiegel; BGHZ 34/299, 301 Almglocke
2) Baumbach/Hefermehl, WZG 1969, 10. Aufl., § 11 Rdz. 7, 8; Reimer/Trüstedt, Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, 1966, 4. Aufl., 31. Kap. Rdz. 29, 30; von Gamm, WZG 1965, § 11 Rdz. 25/26
3) RGZ 171/32 Rauchfang

Warenzeichen gefundenen Ergebnisse ist ein Löschungsanspruch aus dem örtlich beschränkten Firmenrecht nur zu gewähren, wenn sich der Geschäftsbetrieb des jüngeren Warenzeicheninhabers nur im beschränkten örtlichen Schutzbereich der Firma befindet. In diesem Falle ist eine Verwendung des Warenzeichens ohne Eingriff in das Firmenrecht kaum denkbar, es ist deshalb die, freilich für das gesamte Bundesgebiet wirksame Löschung erforderlich[1].

Die Kollision der älteren Firma mit dem unter Verwendung des eigenen bürgerlichen Namens gebildeten Warenzeichen

Es handelt sich um das Problem, ob der jüngere Warenzeichenberechtigte die Benutzung oder auch die Eintragung eines Warenzeichens unter Verwendung seines bürgerlichen Namens damit rechtfertigen kann, daß ihm die Bildung eines Warenzeichens mit seinem Namen freistehen müsse. Ein solcher Anspruch auf Eintragung ist jedoch nicht gegeben. Zunächst läßt er sich nicht aus dem Grundrecht des Art. 2 Abs. 1 GG auf freie Entfaltung der Persönlichkeit ableiten. Selbst wenn man einmal unterstellt, daß sich die Grundrechte nicht in ihrer Abwehrwirkung gegen staatliche Eingriffe erschöpfen, sondern auch im Privatrechtsverkehr wirken, so kann doch ein Anspruch auf Eintragung eines Warenzeichens nicht zugebilligt werden, da er die gleichberechtigten Rechte Dritter verletzt.

Auch aus § 16 WZG ergibt sich kein Anspruch auf Eintragung des mit dem Personennamen gebildeten Warenzeichens. § 16 WZG ist allerdings auch auf die Geltendmachung eines Weiterbenutzungsrechts gegenüber der Firma anwendbar. Nachdem die Rechtsprechung aber die ursprüngliche zeichenrechtliche Auslegung des § 16 WZG fallen gelassen hat, daß die Verbotsrechte von Firma und Warenzeichen sich gegenseitig ausschließend nur auf die firmenmäßige bzw. warenzeichenmäßige Verwendung erstrecken, bedarf die Anwendung des § 16 WZG der Erweiterung. Diese rechtfertigt sich daraus, daß sich alle kennzeichenrechtlichen Funktionen gegenseitig weitgehend überschneiden und deshalb im gesamten Kennzeichenrecht die

---

1) Reimer Trüstedt, Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, 1966, 4. Aufl., 31. Kap., Rdz. 30, S. 554; Baumbach/Hefermehl, WZG 1969, 10. Aufl., § 25 Rdz. 105

Verwendung der in § 16 WZG erwähnten persönlichen und sachlichen Angaben sichergestellt werden muß[1].

§ 16 WZG gewährt dem aus einem älteren Kennzeichenrecht in Anspruch genommenen Benutzer jedoch niemals ein Gegenrecht auf Eintragung, sondern schränkt nur das Verbietungsrecht des älteren Zeichens ein[2].

§ 16 WZG gewährt lediglich ein Benutzungsrecht. Entsprechend der für § 16 WZG vertretenen wettbewerblichen Auslegung des letzten Halbsatzes darf das Benutzungsrecht nur im Rahmen lauteren Wettbewerbs ausgeübt werden. Das gilt sowohl für die Verwendung des Personennamens als auch der in § 16 WZG genannten Angaben des Allgemeingebrauchs gegenüber einer älteren Firma. Die Anwendung des § 16 WZG ist vor allem auch deshalb dringend notwendig, weil die Vorschriften über die Firmenbildung keine dem § 4 Abs. 2 Ziff. 1 WZG entsprechende Beschränkung enthalten und deshalb die Verwendung von Angaben des Allgemeingebrauchs gerade zur Firmenbildung häufig ist. So wird die Angabe des Geschäftsgegenstandes regelmäßig zugleich eine freizuhaltende Angabe des Allgemeingebrauchs sein.

Die Kollision des älteren Warenzeichens mit der jüngeren Firma

Die Beeinträchtigung des Warenzeichens durch den Gebrauch einer identischen oder verwechselbaren Firma wurde bereits erörtert und bejaht. Das Verbotsrecht des Warenzeicheninhabers umfaßt grundsätzlich den Gebrauch des Zeichens sowohl in der Kennzeichnungsfunktion des Warenzeichens selbst als auch in anderen Kennzeichnungsfunktionen. Davon besteht für das Verbotsrecht des Warenzeichens eine Ausnahme, die sich aus der gesetzlichen Funktion des Warenzeichens ergibt, als Herkunftshinweis für Waren zu wirken (§ 1 WZG). Die Verwendung eines älteren Warenzeichens in einer jüngeren Firma stellt deshalb dann ausnahmsweise keine zeichenmäßige Verwendung des Warenzeichens dar, wenn unter der Fir-

---

1) Reimer/Trüstedt, Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, 1966, 4. Aufl., 19. Kap., Rdz. 29; von Gamm, WZG 1965, § 16 Rdz. 2; RG GRUR 33/578, 579 Bénédictine; GRUR 34/366, 368 PoHo

2) RGZ 55/241, 243 Kyriazi; RGBl 21/231, 232 Vim

ma ein Unternehmen betrieben wird, das als Dienstleistungsbetrieb überhaupt keine Waren herstellt oder aber dem Verkehr erkennbar keine eigenen Waren führt. In diesem Restbereich umfaßt der warenzeichenmäßige Gebrauch den firmenmäßigen nicht vollständig[1].

Es erhebt sich die Frage, ob auch im Verhältnis von berühmter Marke (ohne Namensfunktion) und jüngerer für Dienstleistungen gebrauchter Firma der Schutz gegen Verwässerungsgefahr gemäß § 823 Abs. 1 BGB eine Beschränkung des Verbotsrechts durch das Erfordernis der Kennzeichnung von Waren erfährt. Dabei wird vorausgesetzt, daß die berühmte Marke ohne Namensfunktion zwar selten ist, aber immerhin dann vorkommen mag, wenn sie sich neben bereits bekannten bzw. berühmten Firmen oder Warenzeichen desselben Unternehmens entwickelt[2]. Sieht man in der berühmten Marke lediglich ein in der Kennzeichnungskraft äußerst erstarktes Warenzeichen, nicht aber ein Immaterialgüterrecht eigener Rechtsqualität, dann läßt sich die Beschränkung des Verbotsrechts auf die Kennzeichnung von Waren nur vermeiden, wenn man auch für das gewöhnliche Warenzeichen zwar nicht das Benutzungsrecht, aber das Verbotsrecht auch auf den Dienstleistungsbereich erstrecken würde. Dies wiederum würde zur Aufgabe des Begriffs der Warengleichartigkeit zwingen. Aus diesen Erwägungen heraus liegt es nahe, die berühmte Marke als selbständiges, von der Rechtsprechung entwickeltes Kennzeichenrecht anzusehen, das nur in seiner Entwicklung unter anderem ein Warenzeichen oder Ausstattungsrecht zum Ausgangspunkt hat. Der Rechtsschutz der berühmten Marke sollte deshalb einheitlich auf § 823 Abs. 1 BGB gestützt werden[3]. Im Ergebnis erstreckt sich das Verbotsrecht der berühmten Marke auch über die Schranke des § 1 WZG auf den Dienstleistungsbereich.

Im Unterschied zum Schutzbereich der älteren Firma gegenüber kollidierenden Zeichenrechten ist das ältere Warenzeichen sachlich lediglich im Bereich der Warengleichartigkeit geschützt. Während die Warengleichartigkeit des älteren Warenzeichens sich nach dem eingetragenen Waren - verzeichnis bemißt, es sei denn, daß das Warenzeichen für weitere nicht

---

1) BGH GRUR 57/433 Hubertus; von Gamm, WZG 1965, § 16 Rdz. 23
2) BGHZ 28/320, 327 Quick; GRUR 60/550 Promonta
3) Baumbach/Hefermehl, WZG 1969, 10. Aufl., § 31 Rdz. 151

aufgeführte Waren Ausstattungsschutz erworben hat, richtet sich die Beurteilung der Warengleichartigkeit auf seiten der jüngeren Firma nach der tatsächlichen Benutzung. Die Beschränkung des Schutzumfangs des älteren Warenzeichens auf dem Bereich der Warengleichartigkeit hat zur Folge, daß außerhalb des Schutzbereichs des Warenzeichens Firmenrechte wirksam entstehen können die ihrerseits das ältere Warenzeichen durch Hervorrufen von Verwechslungsgefahr beeinträchtigen. Handelt es sich um ein bekanntes Warenzeichen, dann wird der Verkehr in Anbetracht einer neuen für ungleichartige Waren gebrauchten Firma zu der Annahme verleitet, es handele sich um die Herstellerfirma auch der unter dem älteren Warenzeichen vertriebenen ungleichartigen Waren. Es ist dies eine Folge der Tatsache, daß der heute herrschende objektiv absolute, insbesondere die Verkehrsgeltung nicht berücksichtigende Begriff der Warengleichartigkeit nicht geeignet ist, den gesamten Bereich der Verwechslungsgefahr zu erschöpfen[1]. Bei der heute herrschenden Auffassung des Begriffs der Warengleichartigkeit muß in Kauf genommen werden, daß bei gleichen Verhältnissen hinsichtlich des Warenabstands zwar das jüngere Warenzeichen in den Schutzbereich der älteren Firma, nicht aber umgekehrt die jüngere Firma in den Schutzbereich des älteren Warenzeichens eingreift, wenn die Zeichen außerhalb des Bereichs der Warengleichartigkeit, aber im Bereich möglicher Verwechslungsgefahr Verwendung finden. Eine solche Unterschiedlichkeit der Schutzbereiche ist mit der Unterschiedlichkeit der Zeichenfunktionen nicht zu rechtfertigen. Sie verträgt sich schlecht mit der Erkenntnis, daß sich die Zeichenfunktionen weitgehend überschneiden und daher gegenseitig beeinträchtigen. Es ist deshalb auch bei der Kollision des älteren Warenzeichens mit der jüngeren Firma bei der Prüfung der Warengleichartigkeit die Verkehrsgeltung des älteren Warenzeichens zu berücksichtigen. Beharrt man auf der objektiven Bestimmung der Warengleichartigkeit, dann könnte der Nachteil dieser Auffassung, einen Restbereich der Verwechslungsgefahr nicht zu erfassen, wenigstens durch eine ergänzende Gewährung wettbewerblichen Kennzeichenschutzes gemäß § 1 UWG vermindert werden.

---

1) BGHZ 19, 23 Magirus; Baumbach/Hefermehl, WZG, 1969, 10. Aufl., § 5 Rdz. 46 f; Reimer/Trüstedt, Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, 1966, 4. Aufl., 14. Kap., Rdz. 4 S. 365

Der ältere Warenzeicheninhaber kann seinen Rechtsschutz jedoch dadurch stärken, daß er sein Warenzeichen auch als Firma verwendet. Dabei darf er aber nicht in den Schutzbereich bereits wirksam entstandener Kennzeichenrechte, etwa Firmenrechte, eingreifen. Der ältere Warenzeicheninhaber kann deshalb sein Warenzeichen nicht als Firma eintragen lassen, wenn er dadurch in den Verwechslungsbereich einer außerhalb der Warengleichartigkeit des älteren Warenzeichens schon früher rechtswirksam entstandenen Firma gerät[1]. Das folgt aus dem richtig verstandenen Prioritätsgrundsatz. Hinsichtlich der Verwendung als Firma kommt der trotz des älteren Warenzeichens einmal wirksam entstandenen jüngeren Firma die Priorität zu. Ein Anspruch auf Eintragung des älteren Warenzeichens auch als Firma kann sich jedoch ausnahmsweise aus dem Gesichtspunkt des Gebrauchs des bürgerlichen Namens ergeben.

Nach der Abgrenzung der allgemeinen Kollisionsvoraussetzungen sind die verschiedenen Einzelfälle der Kollision von älteren Warenzeichen und jüngerer Firma zu erörtern. Dabei ist zunächst die Kollision von älterem Warenzeichen und jüngerer Phantasiefirma, sodann die Kollision von älterem Warenzeichen und jüngerer Personalfirma zu behandeln.

Die Kollision von älterem Warenzeichen und jüngerer Phantasiefirma

Anspruchsgrundlage für die Geltendmachung von Ansprüchen aus dem älteren Warenzeichen ist § 24 WZG. Ein widerrechtlicher Gebrauch des Warenzeichens liegt auch in der Verwendung innerhalb einer Firma. Da sich warenzeichenmäßiger und firmenmäßiger Gebrauch der Zeichen nicht abgrenzen lassen, entscheidet die Priorität über die Kollision der beiden Rechte[2].

Die jüngere Firma kann sich nicht mit Aussicht auf Erfolg darauf berufen, daß das ältere Warenzeichen aus Angaben des Allgemeingebrauchs bestehe.

---

1) RG GRUR 40/282 Hageda; BGHZ 19/23 Magirus

2) aus der Literatur z. B. Baumbach/Hefermehl, UWG 1964, 9. Aufl., Übersicht vor § 16 Rdz. 18 und WZG 1969, 10. Aufl., § 15 Rdz. 58; Reimer/Trüstedt, Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, 1966, 4. Aufl., 19. Kap. Rdz. 17 und 26. Kap. Rdz. 9; von Gamm, WZG, 1965, § 16 Rdz. 24

Die Berufung auf § 16 WZG führt zwar nach der hier vertretenen Auffassung zu einem beschränkten Eingriffsrecht im Rahmen des lauteren Wettbewerbs. Dieses Eingriffsrecht gewährt jedoch nur einen Anspruch auf Verwendung der Angabe im Geschäftsverkehr, niemals kann dagegen unter Berufung auf § 16 WZG der Erwerb oder der Fortbestand eines eigenen Kennzeichenrechts gefordert werden. Dies würde über die Wahrnehmung berechtigter Interessen des Verkehrs hinaus zu einer nachträglichen Schutzversagung für das ältere Warenzeichen führen[1].

Die Kollision des älteren Warenzeichens mit der jüngeren, mit dem bürgerlichen Namen gebildeten Firma

Hier führt die Anwendung des § 16 WZG zu einer echten Einschränkung des Prioritätsgrundsatzes. Im Unterschied zur Berufung auf Angaben des Allgemeingebrauchs, die nur einen Einwand gegen das ältere Zeichenrecht gibt, führt die Berufung auf das Recht zur Verwendung des bürgerlichen Namens in der Firma zu einer echten Abweichung vom Prioritätsgrundsatz. Nach der im Warenzeichenrecht erörterten Auslegung des § 16 WZG ist zunächst festzuhalten, daß § 16 WZG keine Kollisionsregelung für das Verhältnis von Warenzeichen und Personalfirma enthält. Das ergibt sich insbesondere aus dem Umstand, daß es nach heutiger Rechtsauffassung nicht mehr möglich ist, die Kollision von älterer Firma mit jüngerem Warenzeichen ebenso zu behandeln wie die Kollision des älteren Warenzeichens mit der jüngeren Firma. Aus der Überlegung, daß § 16 WZG durch die Entwicklung der Rechtsprechung als Kollisionsnorm seine Bedeutung verloren hat, ergibt sich, daß die Berechtigung zur Firmenführung unter Verwendung des bürgerlichen Namens gegenüber dem älteren Warenzeichen nach außerhalb des § 16 WZG entwickelten Grundsätzen zu entscheiden ist (Recht der Gleichnamigkeit). § 16 WZG regelt demgegenüber, die generelle Zulässigkeit der Verwendung des Namens zur Firmierung vorausgesetzt, nur die Anforderungen an die Gestaltung und Verwendung der Firma im besonderen. Entsprechend der Auslegung, daß das Verbot des warenzeichenmäßigen Gebrauchs im letzten Halbsatz des § 16 WZG heute sinnvoll nur noch als Verbot der unlauteren Verwendung aufrechtzuerhalten ist,

---

1) RGZ 55/241, 243 Kyriazi; RGBl 21/231, 232 Vim; BGH GRUR 54/123 Auto Fox; von Gamm WZG 1965, § 16 Rdz. 3

läßt sich die Bedeutung des § 16 WZG dahin umschreiben, daß er dem jüngeren Firmenberechtigten gegenüber dem älteren Warenzeichen lediglich ein Eingriffsrecht im Rahmen des lauteren Wettbewerbs gewährt. Das in § 16 WZG niedergelegte Verbot des unlauteren Gebrauchs wirkt nicht nur ausgleichend beim erstmaligen Zusammenstoß der Zeichen, sondern behält seine Bedeutung für das Nebeneinanderbestehen in Zukunft. Zwischen den nebeneinanderbestehenden Rechten besteht eine wettbewerbliche Gleichgewichtslage mit der Folge, daß jeder Zeicheninhaber ungeachtet der Prioritätsverhältnisse die bestehende und in Kauf zu nehmende Verwechslungsgefahr nicht durch einseitige Änderungen steigern darf. Dies bringt zum Beispiel die Entscheidung Farina Rote Blume zum Ausdruck[1]. Auch die älteste der bestehenden Farinafirmen mußte die Gleichgewichtslage dadurch aufrecht erhalten, daß sie das unterscheidende Merkmal beibehielt. Allgemein läßt sich der Grundsatz ableiten, daß im Falle des Zurücktretens des Prioritätsgrundsatzes zugunsten eines Nebeneinanderstehens von Kennzeichenrechten (bei Gleichnamigkeit, bei Allgemeinangaben, im Falle der Verwirkung) das Verhältnis der Kennzeichenrechte zunehmend von wettbewerblichen Grundsätzen bestimmt wird. Damit steht auch die Magirus-Entscheidung im Einklang[2]. Nach der Verwirkung der ursprünglich gegebenen Ansprüche gegen die Eintragung eines Warenzeichens entstand zwischen dem älteren Firmenrecht und dem jüngeren Warenzeichen eine wettbewerbliche Gleichgewichtslage, die der Warenzeicheninhaber nicht durch Änderung der Benutzung zu Lasten der Firma stören dürfte. Das aufgrund der Berufung auf das Recht der Führung des Personennamens gegenüber einem älteren Warenzeichen entstandene Firmenrecht gibt dem jüngeren Firmenberechtigten aber kein Recht, seine Firma nunmehr auch als Warenzeichen eintragen zu lassen. Das Recht zur Führung des bürgerlichen Namens in der Firma begründet nicht das Recht zur Eintragung des bürgerlichen Namens auch als Warenzeichen. Einmal würde dies zu einer unzulässigen nachträglichen Schutzversagung für das eingetragene ältere Warenzeichen führen. Außerdem würde diese Zulassung der Eintragung von Wa-

---

1) BGHZ 14/155

2) BGHZ 19/23

renzeichen unter Verwendung des bürgerlichen Namens die Zeichenrolle mit einer Unzahl wenig unterscheidungskräftiger Warenzeichen belasten. Auch aus § 16 WZG läßt sich kein Recht auf Eintragung ableiten, vielmehr ist er als Ausnahmevorschrift dahin auszulegen, daß sich der Warenzeicheninhaber weiter als in § 16 WZG geregelt keinesfalls beschränken lassen muß. Ein Gegenrecht auf Eintragung eines mit dem bürgerlichen Namen gebildeten Warenzeichens ist deshalb abzulehnen[1].

---

1) RGZ 55/241, 243 Kyriazi; RGBl 21/231, 232 Vim; BGHZ 45/246, 249 Merck; Bußmann, Name Firma Marke, S. 218; Hagens, WZG 1927, § 13 Anm. 6; Seligsohn, WZG 1925, 3. Aufl., § 13 Anm. 1; Pinzger, WZG 1937, 2. Aufl., § 16 Rdz. 2; Busse, WZG 1960, 3. Aufl., § 16 Anm. 3; von Gamm, WZG 1965, § 16 Rdz. 3; Baumbach/Hefermehl, WZG 1967, 9. Aufl., § 16 Rdz. 5; a. A. unter Berufung auf das praktische Bedürfnis wegen des Auslandsschutzes Riehle ZHR 128/40

Die Kollision von Firma und Ausstattung

Es handelt sich beiderseits um Rechte, die auf materiellen Erwerbsgründen beruhen. Bei der Kollision von Firma und Ausstattung ist ebenfalls das Prioritätsprinzip ausschlaggebend. Soweit das Firmenrecht prioritätsälter ist, stützt sich der Unterlassungsanspruch auf § 16 Abs. 1 UWG, § 12 BGB, wobei zu beachten ist, daß er den gesamten Bereich der Verwechslungsgefahr ohne Beschränkung auf Warengleichartigkeit umfaßt. Der Unterlassungsanspruch des prioritätsälteren Ausstattungsberechtigten dagegen findet seine Grenze nach § 25 WZG an der Grenzung der nach der herrschenden Lehre objektiv verstandenen Warengleichartigkeit.

Eine Besonderheit der Kollision von Firma und Ausstattung ist es schließlich, daß sie entsprechend der Möglichkeit der örtlichen Begrenzung des Schutzumfangs der Ausstattung und der Firma auch nur in einem örtlich begrenzten Bereich der Überschneidung eintreten kann. Der Unterlassungsanspruch ist dann dementsprechend nur im Bereich der tatsächlichen Überschneidung begründet, allerdings ist eine örtliche Entwicklung des Schutzbereichs zu berücksichtigen, soweit sie in der Entwicklung des Geschäftsbetriebes bereits erkennbar ist. Damit ist kein Anwartschaftsschutz verbunden, denn die Ausdehnungstendenzen werden nicht bei der Frage der erstmaligen Entstehung des Ausschlußrechtes, sondern erst nach der Entstehung im Rahmen der Prüfung des örtlichen Schutzumfangs berücksichtigt. Rechtfertigen läßt sich dies vor allem mit der Notwendigkeit eines wirksamen Schutzes gegen Verwechslungsgefahr, die nicht auf das Gebiet örtlich bereits eingetretener, sondern darüber hinaus zu erwartender Verwechslungen abstellen muß. Schließlich können Firma und Ausstattung örtlich getrennt im Bereich der Bundesrepublik nebeneinander bestehen. Zu beachten ist ferner, daß eine Kollisionsvoraussetzung für den Schutz der Ausstattung fehlt, wenn die Firma außerhalb des § 1 WZG im Dienstleistungssektor Verwendung findet, während umgekehrt von der Firma aus gesehen die Kollision nur von dem Vorliegen der Verwechslungsgefahr und der Priorität abhängt. Das Verbotsrecht der Firma eines Dienstleistungsbetriebes erstreckt sich deshalb auch auf die Verwendung zur Warenkennzeichnung.

Die Kollisionsprobleme bei den Kennzeichenrechten des § 16 Abs. 1 UWG am Beispiel des Unternehmenskennzeichens

§ 16 Abs. 1 UWG stellt teilweise eine originäre Schutzgrundlage für nur in dieser Bestimmung genannte Kennzeichenrechte dar (so für die besondere Bezeichnung eines Erwerbsgeschäftes eines gewerblichen Unternehmens oder einer Druckschrift), teilweise wiederholt oder verstärkt er jedoch nur den nach anderen Bestimmungen ebenfalls gewährten Rechtsschutz (so für das Namens- und das Firmenrecht). Die Erörterungen über den Umfang des Firmenschutzes nach § 16 Abs. 1 UWG können deshalb auch für die anderen Kennzeichenrechte des § 16 Abs. 1 UWG übernommen werden.

Es erscheint ferner gerechtfertigt, die besondere Bezeichnung einer Druckschrift gemäß § 16 Abs. 1 UWG als selbständiges Kennzeichenrecht zu vernachlässigen. Auch bei der besonderen Bezeichnung einer Druckschrift ist ebenso wie beim Unternehmenskennzeichen Gegenstand des Rechtsschutzes die Namensfunktion. Die Namensfunktion einer besonderen Bezeichnung einer Druckschrift braucht sich lediglich auf ein Werk zu beziehen[1]. Die Namensfunktion der besonderen Bezeichnung einer Druckschrift stellt sich als Ausschnitt aus der umfassenderen Namensfunktion der Unternehmenskennzeichen bzw. Firmen oder Namen dar. Schließlich wird die Bezeichnung einer Druckschrift häufig eine Namensfunktion nicht nur hinsichtlich des Werkes, sondern auch hinsichtlich eines Erwerbsgeschäftes oder eines gewerblichen Unternehmens ausüben. Dies ist dann anzunehmen, wenn das unter der Bezeichnung vertriebene Werk periodisch dauernd aus demselben Betrieb entstammt, wie z. B. Zeitungen und Zeitschriften. Der Titel kann unter diesen Umständen auch als Hinweis für die Herkunft der Druckschrift aufgefaßt werden und dadurch Ausstattungsschutz gemäß § 25 WZG erlangen oder als Warenzeichen eingetragen werden[2]. Da die Namensfunktion der besonderen Bezeichnung einer Druckschrift sich nicht wesentlich von der Namensfunktion etwa des Unternehmenskennzeichens unterscheidet, kann die Darstellung auf das Beispiel des Unternehmenskennzeichens beschränkt werden.

---

1) BGHZ 26/52, 61 - Sherlock Holmes

2) JW 1931/1945 - Vossische Zeitung; BGHZ 21/86

Trotz der Nennung von besonderer Bezeichnung eines Erwerbsgeschäftes einerseits und eines gewerblichen Unternehmens andererseits, handelt es sich nur scheinbar um zwei verschiedene Kennzeichenrechte. Erwerbsgeschäft und Unternehmen lassen sich juristisch nicht eindeutig gegeneinander abgrenzen, der Gesetzgeber hat bei der Abfassung des § 16 Abs. 1 UWG vielmehr nur einen quantitativen Unterschied im Auge gehabt, dergestalt, daß als gewerbliches Unternehmen auch ein Teil eines Erwerbsgeschäftes geschützt sein solle. Aus dem Unterschied der Begriffe (Erwerbsgeschäft als weiterer und Unternehmen als engerer Begriff) folgt deshalb kein Unterschied des Schutzgegenstandes. Gegenstand des einheitlichen Kennzeichenrechtes ist vielmehr in beiden Fällen die namensmäßige Bezeichnung eines Geschäftes[1]. In der Volks- und Betriebswirtschaftslehre werden die Begriffe üblicherweise dergestalt gebraucht, daß das Unternehmen gegenüber dem Betrieb der weitere Begriff ist. Auch die Definition von Betrieb und Unternehmen im Arbeitsrecht schließt sich in der Regel der volkswirtschaftlichen Betrachtungsweise an[2]. Für die Auslegung des § 16 Abs. 1 UWG spielen diese Definitionen jedoch keine Rolle.

---

1) Baumbach/Hefermehl, UWG 1964, 9. Aufl., § 16 Rdz. 98

2) Hueck Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts Bd. I 1963, 7. Aufl., S. 93; BAG in AP Nr. 1 zu § 88 BVG

Die Kollision von Unternehmenskennzeichen untereinander

Für die Kollision von Unternehmenskennzeichen ist die Priorität im Recht maßgeblich. Aus dem Wortlaut des § 16 Abs. 1 UWG ergibt sich die Geltung des Prioritätsprinzips nicht ausdrücklich. Dennoch läßt sich die Maßgeblichkeit des Prioritätsprinzips bereits aus der Entstehungsgeschichte ableiten. Dem § 16 UWG entsprach ursprünglich der § 8 UWG vom 1. 7. 1896. Dieser § 8 UWG (1896) gewährte einen Unterlassungsanspruch nur gegen einen Gebrauch in Verwechslungsabsicht. Ohne daß der Gesetzgeber dies auszusprechen brauchte, war klar, daß nur ein prioritätsjüngerer Benutzer überhaupt die erforderliche Verwechslungsabsicht haben konnte. Da der Gesetzgeber bei der Neufassung des § 16 UWG vom 1. 11. 1909 das Erfordernis der subjektiven Verwechslungsabsicht strich, ohne im übrigen den Tatbestand zu ändern, wollte er damit offensichtlich das Prioritätsprinzip auch auf die objektive Kollision ohne Verwechslungsabsicht übertragen. Das Reichsgericht hat deshalb mit Recht schon in einer Entscheidung vom 11. 11. 1910[1] ausgesprochen: "Der Erwerb des Rechts, sich einer besonderen Bezeichnung für eine Druckschrift ausschließlich zu bedienen, vollzieht sich allein durch die Priorität." In einer Entscheidung vom 8. 7. 1911[2] spricht das Reichsgericht vom Prioritätsprinzip als "unausgesprochen innewohnende Voraussetzung" des Tatbestands. Die Auffassung des Reichsgerichts ist vom Bundesgerichtshof gebilligt worden[3].

Der für die Priorität maßgebliche Zeitpunkt

Die Priorität eines Unternehmenskennzeichens bestimmt sich grundsätzlich nach dem Zeitpunkt der Ingebrauchnahme. Durch die Benutzung im geschäftlichen Verkehr entsteht einerseits das Kennzeichenrecht, während andererseits die Benutzung den Zeitpunkt der Priorität bestimmt[4]. Der Erwerb einer besonderen Verkehrsgeltung ist dagegen nicht erforderlich. Dar-

---

1) RGZ 74/379
2) RGZ 77/29
3) z. B. BGHZ 24/238 - Tabu; BGHZ 19/23 - Magirus
4) Ständige Rechtsprechung z. B. RG JW 1933/1724 - Jungborn und für die besondere Bezeichnung einer Druckschrift RGZ 74/349; BGHZ 4/169/DUZ

in liegt ein gewisser Widerspruch zwischen den Bestimmungen des § 16 Abs. 1 UWG einerseits und §25 WZG andererseits. Während für den Erwerb des sachlich beschränkteren Ausstattungsrechtes der Erwerb von Verkehrsgeltung Voraussetzung ist, vollzieht sich der Erwerb eines Unternehmenskennzeichens durch einfache Benutzung, obwohl letzterer sachlich viel weiter reicht. Für eine Neuregelung des Kennzeichenrechts wäre zu empfehlen, daß die Anforderungen an den Erwerb des Kennzeichenschutzes in § 16 Abs. 1 UWG dem § 25 WZG angepaßt würden.

Die einfache Benutzung genügt für den Erwerb des Rechtsschutzes nach § 16 Abs. 1 UWG doch nur, wenn die besondere Bezeichnung des Erwerbsgeschäfts die Originalität bzw. Individualität aufweist, ein Unternehmen namensmäßig zu unterscheiden[1]. Dementsprechend ist für die besondere Bezeichnung einer Druckschrift erforderlich, daß der Titel bestimmt und geeignet ist, das Werk von anderen Werken zu unterscheiden[2]. Fehlt der Geschäftsbezeichnung oder der besonderen Bezeichnung der Druckschrift die erforderliche Unterscheidungskraft, dann bestimmt sich die Priorität nicht nach der ersten Ingebrauchnahme, sondern nach der Erlangung entsprechender Unterscheidungskraft. Sieht ein beachtlicher Teil des Verkehrs das Zeichen als Hinweis auf ein bestimmtes Unternehmen an, dann genießt es mit der Erringung der erforderlichen Verkehrsgeltung den Schutz des § 16 Abs. 1 UWG. Bei der Prüfung des Maßes der erforderlichen Verkehrsdurchsetzung sind in Anlehnung an die Grundsätze der Nährbier-Entscheidung[3] die Anforderungen an die Verkehrsgeltung höher anzusetzen, wenn es sich bei den ursprünglich nicht unterscheidungskräftigen Zeichen um Angaben des Allgemeingebrauchs handelt. Dies ist insbesondere bei Geschäftsbezeichnungen zu beachten, die lediglich den Geschäftsgegenstand umschreiben.

Ein Kennzeichenrecht nach § 16 Abs. 1 UWG kann außer durch eine entsprechende Benutzung durch den Berechtigten auch aufgrund der Bildung einer entsprechenden Verkehrsauffassung entstehen. So können Unternehmens-

---

1) BGHZ 8/387, 389 - Fernsprechnummer; BGHZ 11/214, 217 - KfA; BGHZ 21/66, 69 - Hausbücherei

2) RGZ 104/89; BGH GRUR 59/45 - Deutsche Illustrierte; GRUR 63/378 - Deutsche Zeitung

3) BGHZ 30/357

kennzeichen aufgrund der Übung des Verkehrs entstehen, die vollständige Firma des Unternehmers schlagwortartig abgekürzt zu gebrauchen. Der Zeitpunkt der Bildung einer dementsprechenden Verkehrsübung ist der für die Priorität insoweit maßgebliche Zeitpunkt.

Besondere Beachtung bedürfen die Unternehmenskennzeichen, die als Bestandteile oder Abkürzungen anderer Kennzeichenrechte insbesondere Firmenrechten entstanden sind. Hinsichtlich der Priorität sind mehrere Fallgruppen zu unterscheiden.

Werden Firmenbestandteile und Abkürzungen vom Firmeninhaber selbst in schlagwortartiger Herausstellung verwendet, dann ergibt sich gegenüber der Behandlung der nicht aus anderen Kennzeichenrechten abgeleiteten Unternehmenskennzeichen keine Abweichung. Entscheidend ist vielmehr hier wie dort ob dem Bestandteil bzw. der Abkürzung eine ursprüngliche, namensmäßige Unterscheidungskraft zukommt. Ist dies der Fall, steht das Kennzeichenrecht mit der Benutzung, fehlt sie dagegen, dann entsteht es erst mit der Erlangung der erforderlichen Verkehrsgeltung[1]. Der in Alleinstellung gebrauchte kennzeichnende Firmenbestandteil wird häufig eine ausreichende Individualität aufweisen, während z. B. buchstabenmäßige Abkürzungen von Firmen häufig erst aufgrund Verkehrsgeltung Individualität erlangen.

Schwieriger ist der Entstehungszeitpunkt des Schutzes von Abkürzungen und Bestandteilen dann zu bestimmen, wenn sie vom Zeicheninhaber selbst nicht benutzt werden. Auch ohne Benutzung kann einer Abkürzung oder einem Bestandteil ein indirekter Schutz dadurch zuteil werden, daß der Schutz des vollständigen Zeichens gegen Verwechslungsgefahr den Gebrauch von Abkürzungen und Bestandteilen mitumfaßt[2]. Von größerer Bedeutung ist der Rechtsschutz einer Abkürzung oder eines Bestandteils indes vor allem dann, wenn die Abkürzung oder der Bestandteil vom Rechtsschutz etwa der Gesamtfirma nicht umfaßt wird, weil Verwechslungsgefahr zwar mit dem Bestandteil oder der Abkürzung, nicht aber mit der Gesamtfirma besteht. Hat der Bestandteil oder die Abkürzung der voll-

---

1) BGHZ 11, 214, 216- KfA; Baumbach Hefermehl, UWG 1964, 9. Aufl., § 16 Rdz. 127

2) Baumbach/Hefermehl, UWG 1964, 9. Aufl., § 16 Rdz. 130

ständigen Firma selbst ohne dementsprechende Herausstellung durch den Zeicheninhaber Verkehrsgeltung dergestalt erlangt, daß beachtliche Verkehrskreise in dem Bestandteil oder der Abkürzung allein schon einen namensmäßigen individualisierenden Hinweis auf das Unternehmen erblicken dann genießt der Bestandteil bzw. die Abkürzung selbständigen Schutz als Unternehmenskennzeichen nach § 16 Abs. 1 UWG. Die Priorität des Bestandteils bzw. Abkürzungsschutzes bestimmt sich nach dem Zeitpunkt der Bildung einer entsprechenden Verkehrsauffassung.

Nach der Rechtsprechung des BGH können Bestandteile und Abkürzungen einer Gesamtfirma, auch wenn sie nicht als Unternehmenskennzeichen herausgestellt werden, schon vor Erlangung von Verkehrsgeltung Rechtsschutz genießen, wenn der fragliche Firmenbestandteil seiner Art nach im Vergleich zu den übrigen Bestandteilen dieser Firma geeignet erscheint, sich im Verkehr als schlagwortartiger Hinweis auf ein bestimmtes Unternehmen durchzusetzen[1]. Obwohl dieser Bestandteilschutz keine Verwechslungsfähigkeit einer jüngeren Bezeichnung mit der älteren Gesamtfirma, sondern nur mit dem Bestandteil bzw. der Abkürzung erfordert, soll es sich nach dem BGH nicht um einen selbständigen Bestandteilschutz handeln, sondern darum, daß im Rahmen des Schutzes der vollständigen Firmenbezeichnung bei der Prüfung der Verwechslungsgefahr die Verkehrsübung zu berücksichtigen ist, sich zur kurzen Kennzeichnung eines Unternehmens einer naheliegenden Abkurzung durch Alleinbenutzung eines oder mehrerer unterscheidungskräftiger Firmenbestandteile zu bedienen[2]. Diese Rechtsprechung des BGH könnte zunächst so aufgefaßt werden, als ob dem Inhaber einer Gesamtfirma mit deren Priorität gleichsam ein Anwartschaftsrecht auf den Schutz derjenigen Abkürzungen und Bestandteile aus Unternehmenskennzeichen zustände, die entweder nach der Verkehrsauffassung naheliegende Abkürzungen der Gesamtfirma oder den kennzeichnenden Bestandteil der Gesamtfirma darstellten. Mit dieser Begründung müßte die Rechtsprechung jedoch Ablehnung finden, weil der Schutz als Anwartschaft auf einen selbständigen Bestandteils- oder Abkürzungsschutz gemäß § 16 Abs. 1 UWG hinausliefe, dem jede innere Berechtigung fehlte. Die Rechtsprechung des BGH beruht

---

1) BGHZ 11 214, 216 - KfA; unter Berufung auf die gleichlautende Rechtsprechung des Reichsgerichts z. B. GRUR 33, 782 - Feuersozietät; BGHZ 14/159 - Farina; BGHZ 24/238 - Tabu I

2) BGHZ 11/214, 216 - KfA; Nastelski, WuW 1956/193

jedoch auf der billigenswerten Erwägung, daß der Verkehr an die Verwendung von Firmenbestandteilen noch Abkürzungen als Unternehmenskennzeichen gewöhnt ist. Durch die Erwartung der Verwendung von Firmenbestandteilen und Abkürzungen der Gesamtfirma als Unternehmenskennzeichen wird der Bereich der Verwechslungsgefahr für das vollständige Zeichen erweitert. Abwandlungen und Abkürzungen von Warenzeichen werden z. B. nicht in demselben Umfang dem nämlichen Hauptzeichen zugerechnet, wie Bestandteile und Abkürzungen der vollständigen Firma. Die erhöhte Verwechslungsgefahr durch den unbefugten Gebrauch von Bestandteilen und Abkürzungen ergibt sich auch dadurch, daß der Verkehr selbst zum kennzeichnenden Gebrauch von Bestandteilen und Abkürzungen der vollständigen Zeichen neigt. Es handelt sich deshalb insoweit nicht um einen selbständigen Schutz der Bestandteile und Abkürzungen, sondern um die durch die Verkehrsübung veranlaßte besonders weitgehende Annahme von Verwechslungsgefahr mit dem vollständigen Zeichen.

Die Anwendung des Rechtsgedankens aus § 16 WZG auf § 16 Abs. 1 UWG

Das UWG enthält keine dem § 16 WZG entsprechende Bestimmung zur Beschränkung der Ausübung der Rechte des Zeichenberechtigten im Interesse der Allgemeinheit an der Freihaltung unentbehrlicher Angaben. Andererseits ist das Freihaltebedürfnis der Allgemeinheit im Zusammenhang mit § 16 Abs. 1 UWG von desto größerer Bedeutung, als das UWG auch keine den Erwerb des Zeichens im Interesse an der Freihaltung verkehrsnotwendiger Angaben ausschließende oder auch nur hemmende Bestimmungen enthält wie das WZG in § 4 Abs. 2, § 4 Abs. 3 . Das ist umso bedauerlicher, als gerade etwa die besonderen Bezeichnungen eines Erwerbsgeschäftes häufig Angaben aus dem Gegenstand des Geschäftsbereiches enthalten. Der Einwand, daß solchen, dem Geschäftsgegenstand entnommenen Kennzeichen häufig die erforderliche Unterscheidungskraft fehlen wird, trifft zwar in der Regel zu, es bleiben aber dennoch Fälle, in denen einer Geschäftsbezeichnung die erforderliche Namensfunktion zukommt, obwohl es sich um eine Gattungsbezeichnung handelt. Das ist einmal dann zu befürchten, wenn der Unternehmer den Geschäftsgegenstand mit einer wissenschaftlichen oder fremdsprachlichen, dem Verkehr nicht geläufigen Angabe bezeichnet. Eine Angabe des Allgemeingebrauchs kann in einem Unternehmenskennzeichen auch dann unterscheidungskräftig wirken, wenn der Unternehmer mit ihr ursprünglich eine patentierte Ware bezeichnet und die Bezeichnung später als Unternehmenskennzeichen verwendet hat. Wäh-

rend der Dauer des Patentschutzes wird sich der Verkehr häufig daran gewöhnt haben, in der Bezeichnung der Ware einen Hinweis auf das Unternehmen selbst zu sehen[1]. Zum Teil kann dem Freihaltebedürfnis durch die entsprechende Anwendung der Grundsätze der Nährbier-Entscheidung[2] Rechnung getragen werden. Der BGH führt in dieser Entscheidung aus, daß das Freihaltebedürfnis der Mitbewerber an Angaben des Allgemeingebrauchs bei der Frage des Ausmaßes der erforderlichen Verkehrsgeltung Berücksichtigung finden müsse. Die Berücksichtigung des Freihaltebedürfnisses bei der Prüfung der Verwechslungsgefahr ist dagegen abzulehnen, weil sie ein Abgehen vom Prinzip der Maßgeblichkeit der Verkehrsauffassung bedingen würde[3]. Für die Beschränkung des Rechtsschutzes derartiger angelehnter Unternehmenskennzeichen ist der Rechtsgedanke aus § 16 WZG sinngemäß anzuwenden. Das ist in der Rechtsprechung seit der Entscheidung des Reichsgerichts Benediktineressenz[4] unbestritten. Das Reichsgericht führt dort aus; "Nach dem in § 16 WZG ausgesprochenen Rechtsgedanken, der zunächst zwar nur gegenüber dem formalen Schutzrecht des Zeichenberechtigten gilt, aber sinngemäß auch gegenüber § 12 BGB und § 16 UWG anzuwenden ist, und darauf gerichtet ist, die unentbehrlichen Bezeichnungen dem Verkehr zu sichern, soweit es sich nicht um einen warenzeichenmäßigen bzw. schlagwortartigen Gebrauch des fremden Warenzeichens bzw. Firmennamens handelt, ist eine ersichtlich als Beschaffenheitsangabe als Gattungsbezeichnung oder als Warenname, somit nicht als Individualbezeichnung auch nicht zur Kennzeichnung der Herkunft einer Ware erfolgende Verwendung nicht zu beanstanden." Diese Auffassung ist vom Reichsgericht mehrfach bestätigt worden[5]. Diese Auffassung wird auch vom überwiegenden Teil der Literatur gebilligt[6].

---

1) vgl. z. B. RGZ 163/233 ff - Hydraulik; BGH GRUR 54/70 - Rohrbogen
2) BGHZ 30/357, 370; unter Hinweis unter anderem auf Ulmer, ZHR 114/52 ff
3) so aber Baumbach/Hefermehl, UWG 1964, 9. Aufl., § 16 Rdz. 104
4) RG GRUR 33/578, 579
5) vgl. RG GRUR 32/1052; GRUR 33/500; GRUR 34/366, 368 - PoHo
6) Reimer/Trüstedt, WZG 1966, 4. Aufl., 19. Kap., Rdz. 29; von Gamm, WZG 1965, § 16 Rdz. 2

Das Verhältnis insbesondere die Kollision von Unternehmenskennzeichen und Firmenrechten

Im Verhältnis der beiden Kennzeichenrechte ist insbesondere die Frage streitig, ob eine Firma zugleich Unternehmenskennzeichen gemäß § 16 Abs. 1 UWG sein kann. Aus der Formulierung "besondere" Bezeichnung eines Erwerbsgeschäftes in § 16 Abs. 1 UWG folgert die herrschende Lehre, daß nur dann eine Geschäftsbezeichnung vorliege, wenn sie unabhängig von der Firma geführt werde[1]. Callmann vertritt dagegen die Auffassung, daß das Namens- oder Firmenrecht mit der besonderen Bezeichnung zusammenfallen könne[2].

Die Argumentation der herrschenden Lehre aus dem Wortlaut des § 16 Abs. 1 UWG ist jedoch nicht zwingend. Das Merkmal "besondere" Bezeichnung, das sich nach herrschender Lehre auf die Unterscheidung gegenüber Name und Firma beziehen soll, läßt sich auch so erklären, daß der Gesetzgeber damit das Erfordernis einer gewissen Individualität als Schutzvoraussetzung andeuten wollte. Das liegt um so näher, als gerade bei Geschäftsbezeichnungen das Kennzeichen häufig an den Geschäftsgegenstand angelehnt wird und der Gesetzgeber der Gefahr einer Monopolisierung solcher dem Verkehr freizuhaltender Angaben durch das Erfordernis der Besonderheit Rechnung tragen wollte. Die Unmöglichkeit des Gebrauchs einer Firma als Unternehmenskennzeichnung läßt sich auch nicht mit der Verschiedenheit der kennzeichenrechtlichen Funktionen begründen. Die Verschiedenheit im Gegenstand der Individualisierung besteht auch im Verhältnis von Warenzeichen und Unternehmenskennzeichen, ohne daß daraus heute noch die Folgerung gezogen würde, ein Warenzeichen könnte nicht zugleich ein Unternehmenskennzeichen sein. Es entspricht vielmehr einem Grundprinzip des Kennzeichenrechts, daß ein Zeicheninhaber sein Zeichen in verschiedenen Kennzeichnungsfunktionen benutzen kann. Die praktische Bedeutung der Frage ist allerdings gering, da der Umfang des Rechtsschutzes für Firma und Unternehmenskennzeichen sich vollständig deckt.

---

1) Baumbach/Hefermehl, UWG 1964, 9. Aufl., § 16 Rdz. 86 und 98; Reimer, Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht 1954, 3. Aufl., 67. Kap., Anm. 1; Nastelski, WuW 56/191; Lindenmaier, BB 53/631

2) Callmann, UWG 1932, 2. Aufl., § 16 Rdz. 114

Der Gebrauch eines Unternehmenskennzeichens als Firma durch einen anderen Zeichenbenutzer beeinträchtigt ersteres Zeichen ebenso wie umgekehrt der Gebrauch einer älteren Firma in einem jüngeren Unternehmenskennzeichen. Nach dem Gegenstand der Individualisierung läßt sich die Firma, die eine natürliche oder juristische Person namensmäßig bezeichnet, vom Unternehmenskennzeichen, das das Unternehmen selbst kennzeichnet, unterscheiden. Der theoretische Unterschied in den Kennzeichnungsfunktionen deckt sich jedoch häufig nicht mit der Verkehrsauffassung. Der Verkehr neigt vielmehr dazu, besonders die Sachfirma und die abgeleitete Firma als Bezeichnungen eines Erwerbsgeschäftes und nicht als Namen des Kaufmanns anzusehen. Bei der juristischen Person schließlich fallen die namensmäßige Bezeichnung der Rechtsperson sowie die Bezeichnung des Unternehmens vollständig zusammen. Wegen der Nähe der Kennzeichnungsfunktionen beeinträchtigt deshalb der Gebrauch des Zeichens in der einen Funktion in jedem Fall auch das Kennzeichen mit einer an sich unterschiedlichen kennzeichenrechtlichen Funktion.

Für die Kollision von Unternehmenskennzeichen mit Firmenrechten ist deshalb grundsätzlich die Priorität ausschlaggebend. Eine Einschränkung des Prioritätsprinzips kann sich jedoch aus dem Gesichtspunkt des Gebrauchs des bürgerlichen Namens im jüngeren Kennzeichenrecht ergeben. Der Träger des gleichen bürgerlichen Namens darf diesen auch in einem jüngeren Unternehmenskennzeichen verwenden, wenn er mit seinem Namen auch eine Firma bilden dürfte. Dem älteren Unternehmenskennzeichen steht gegen die jüngere Firma nicht nur der Anspruch auf Unterlassung, sondern grundsätzlich auch der Anspruch auf Löschung zu. Der Löschungsanspruch kann jedoch entfallen, wenn das Unternehmenskennzeichen örtlich beschränkt, der örtliche Schutzbereich der Firma dagegen sich auf das gesamte Bundesgebiet erstreckt.

Das Verhältnis insbesondere die Kollision von Unternehmenskennzeichen mit Warenzeichen und Ausstattung

Die Abgrenzung der Unternehmenskennzeichen von Warenbezeichnungen hat der Gesetzgeber in der Bestimmung des § 16 Abs. 3 Satz 2 UWG getroffen. Nach § 16 Abs. 3 Satz 2 UWG finden "diese Vorschriften" auf den Schutz von Warenzeichen und Ausstattungen keine Anwendung. Wie die Verwendung des Plurals diese Vorschriften andeutet, bezieht sich § 16 Abs. 3 Satz 2 UWG entgegen seiner Stellung innerhalb eines Absatzes im § 16 UWG nicht nur auf § 16 Abs. 3 Satz 1, sondern auch auf § 16 Abs. 1 UWG[1]. Der Wortlaut des § 16 Abs. 3 Satz 2 UWG ließe die Auslegung zu, daß der Gesetzgeber Warenzeichen und Ausstattung auch dann vom erweiterten Schutz gemäß § 16 UWG ausschließen wollte, wenn nachträglich aufgrund einer Änderung der Verkehrsauffassung ein maßgeblicher Teil des Verkehrs das Warenzeichen oder die Ausstattung nunmehr als Unternehmenskennzeichen ansehen würden. Dies wird scheinbar auch vom Wortlaut des § 16 WZG bestätigt, der gegenüber dem Warenzeichen nur den warenzeichenmäßigen Gebrauch verbietet. Diese Auffassung entspricht jedoch nicht der weitgehenden Überschneidung der kennzeichenrechtlichen Funktionen[2]. Wie bereits ausgeführt, wird § 16 Abs. 3 Satz 2 UWG deshalb einschränkend dahin ausgelegt, daß Warenzeichen und Ausstattung zwar so lange keinen Schutz nach § 16 UWG genießen, als ihnen nach der Verkehrsauffassung lediglich eine Herkunftsfunktion zukommt, daß ihnen aber mit dem Erwerb einer über die zeichenrechtliche Herkunftsfunktion hinausgehenden Namensfunktion der Rechtsschutz des § 16 UWG zusteht[3].

In unmittelbarem Zusammenhang zum vorher Ausgeführten steht, daß das Unternehmenskennzeichen durch den Gebrauch als Warenzeichen bzw. Ausstattung ebenso beeinträchtigt wird, wie umgekehrt Warenzeichen und Ausstattung durch den Gebrauch als Unternehmenskennzeichen. Dies ist

---

1) allgemeine Meinung z. B. BGH GRUR 57/87 - Meisterbrand; 58/339 - Technika; Baumbach/Hefermehl, UWG, 9. Aufl., § 16 Rdz. 144
2) von Gamm, WZG 1965, § 16 Rdz. 23
3) BGH GRUR 57/87 - Meisterbrand; 58/339 - Technika; von Gamm, WZG 1965, § 16 Rdz. 23; Baumbach/Hefermehl, UWG 1964, 9. Aufl., § 16 Rdz. 145

auch in der Rechtsprechung anerkannt[1]. Im übrigen kann wegen der Frage der Beeinträchtigung der kennzeichenrechtlichen Funktionen von Unternehmenskennzeichen und Warenzeichen auf das im Verhältnis von Firma und Warenzeichen Gesagte zurückgegriffen werden, da sich die Namensfunktion des Unternehmenskennzeichens und der Firma nahestehen.

Nachdem die Geltung des Prioritätsprinzips grundsätzlich begründet wurde, ist auf die einzelnen Kollisionsfälle kurz einzugehen. Kollidiert zunächst ein älteres Warenzeichen mit einem jüngeren Unternehmenskennzeichen, dann gründet sich der Unterlassungsanspruch des Warenzeichenberechtigten auf § 24 Abs. 1 WZG. Der für die Priorität entscheidende Zeitpunkt ist beim Warenzeichen grundsätzlich der der Anmeldung, beim Unternehmenskennzeichen grundsätzlich der Zeitpunkt der ersten Benutzung. Im umgekehrten Fall der Kollision des prioritätsälteren Unternehmenskennzeichens mit dem jüngeren Warenzeichen gründet sich der Unterlassungsanspruch auf § 16 Abs. 1 UWG. Der Unterlassungsanspruch des prioritätsälteren Zeicheninhabers umfaßt regelmäßig auch den Löschungsanspruch[2]. Nach der Einführung des Benutzungszwangs in das deutsche Warenzeichenrecht läßt sich dies auch damit begründen, daß das Warenzeichen nach Rechtskraft des Unterlassungsurteiles löschungsreif ist. Ein Löschungsanspruch besteht nur dann nicht, wenn das ältere Unternehmenskennzeichen örtlich beschränkt ist, weil der Löschungsanspruch in seinem Umfang nicht über den Unterlassungsanspruch hinausgehen kann. Es ist diesbezüglich auf die Ausführungen zur Kollision der örtlich beschränkten älteren Ausstattung mit dem jüngeren Warenzeichen zu verweisen.

---

1) Die Beeinträchtigung des Unternehmenskennzeichens durch den Gebrauch als Warenzeichen z. B. in BGH GRUR 54/481 - Hamburger Kinderstube; BGHZ 15/107, 110 - Koma; RGZ 109/215 - Kwatta, Die Beeinträchtigung des Warenzeichens durch den Gebrauch als Unternehmenskennzeichen z. B. in BGH GRUR 55/95, 96 - Buchgemeinschaft; GRUR 54/123, 124 - Auto Fox; GRUR 57/433, 434 - Hubertus und RG GRUR 35/962, 963 - Lignose

2) RGZ 148/114; BGHZ 14/173 - Constanze II; BGH GRUR 58/30; Reimer/Trüstedt, Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht 1966, 4. Aufl., 31. Kap., Rdz. 29/30; Baumbach/Hefermehl, UWG 1964, 9. Aufl., Einl. Rdz. 183

Auch für die Kollision des Unternehmenskennzeichens mit dem Ausstattungsrecht gilt grundsätzlich, daß das jüngere Recht entsprechend dem Prioritätsprinzip unterliegt. Der für die Priorität maßgebliche Zeitpunkt wird beim Ausstattungsrecht durch die Vollendung der nach § 25 WZG erforderlichen Verkehrsgeltung bestimmt, während sich die Priorität des Unternehmenskennzeichens nach dem Zeitpunkt der erstmaligen Benutzung richtet. Anspruchsgrundlage für den Unterlassungsanspruch des älteren Unternehmenskennzeichens ist § 16 Abs. 1 UWG und § 25 Abs. 1 WZG für den älteren Ausstattungsberechtigten. Die daneben in § 16 Abs. 2 UWG einerseits und § 25 Abs. 2 WZG andererseits geregelten Schadensersatzansprüche setzen Verschulden auf seiten des Verletzers voraus. Da es sich sowohl bei Unternehmenskennzeichen wie bei Ausstattungsrechten um rein materielle Rechte handelt, kann je nach dem örtlichen Schutzumfang eine örtlich begrenzte oder auch umfassende Kollision eintreten. Dementsprechend kann der Unterlassungsanspruch des Prioritätsälteren entweder zu einem örtlich begrenzten oder zu einem umfassenden Verbot des Gebrauchs des jüngeren Kennzeichenrechts führen. Im Verhältnis von älterer Ausstattung und jüngerem Unternehmenskennzeichen wird regelmäßig das Problem der Verwirkung eine Rolle spielen. Der Erwerb eines Ausstattungsrechtes auf seiten des jüngeren Verletzers wird regelmäßig das Problem der Verwirkung eine Rolle spielen. Der Erwerb eines Ausstattungsrechtes auf seiten des jüngeren Verletzers wird regelmäßig den Anforderungen an einen schutzwürdigen Besitzstand genügen. Im Verhältnis des jüngeren Unternehmenskennzeichens und der älteren Ausstattung genügt dagegen die für den Erwerb des Kennzeichenrechts ausreichende Ingebrauchnahme noch nicht zur Begründung eines schutzwürdigen Besitzstandes. Es zeigt sich vielmehr, daß die Anforderungen an den schutzwürdigen Besitzstand bei der Verwirkung auch höher sein können als für den Erwerb des Zeichenschutzes selbst. Auch aus diesem Grunde ist es nicht angängig, die in § 25 WZG für die Entstehung des Ausstattungsschutzes erforderliche Verkehrsgeltung zugleich als Mindestmaß für den schutzwürdigen Besitzstand bei der Verwirkung zu übernehmen.

Das Verhältnis der Unternehmenskennzeichen nach § 16 Abs. 1 UWG und der sogenannten Betriebsabzeichen nach § 16 Abs. 3 Satz 1 UWG

Die Auslegung des § 16 Abs. 3 Satz 1 UWG bereitet deshalb Schwierigkeiten, weil sich aus dem Wortlaut der Bestimmung kein Hinweis auf den mit der Vorschrift geschützten Gegenstand bzw. die rechtlich geschützte Funktion ergibt. § 16 Abs. 1 UWG hat dagegen erkennbar den Schutz der Namensfunktion und § 1 bzw. 25 WZG den Schutz der Herkunftsfunktion zum Gegenstand. Da außerhalb der Namens- und der Herkunftsfunktion andere Anknüpfungspunkte für einen kennzeichenrechtlichen Schutz nicht in Betracht kommen, bleibt für die Auslegung des § 16 Abs. 3 Satz 1 nur die Folgerung, daß er ebenfalls Kennzeichenrechte mit Namensfunktion schützt. Der Schutz der Herkunftsfunktion ist gemäß § 16 Abs. 3 Satz 2 ausdrücklich auf das Warenzeichenrecht beschränkt. Eine selbständige Bedeutung kann die Regelung des § 16 Abs. 3 Satz 1 UWG doch nur beanspruchen, wenn trotz der Übereinstimmung der rechtlich geschützten Funktionen in § 16 Abs. 1 und § 16 Abs. 3 Satz 1 UWG Unterschiede im Gegenstand der namensmäßigen Individualisierung bestehen. Es bestehen aber auch keine Unterschiede im Gegenstand der Kennzeichnung. Auch in § 16 Abs. 3 Satz 1 UWG sollen die Geschäftsabzeichen und die sonstigen zur Unterscheidung des Geschäfts von anderen Geschäften bestimmten Einrichtungen ein Erwerbsgeschäft individualisieren. Weder der Wortlaut noch die Gesetzesbegründung ergeben einen Anhalt dafür, daß etwa im § 16 Abs. 3 Satz 1 UWG ein gegenüber § 16 Abs. 1 UWG engerer Begriff des Erwerbsgeschäftes gemeint sein sollte[1]. Der Unterschied der in § 16 Abs. 3 Satz 1 UWG geregelten Kennzeichen gegenüber den Unternehmenskennzeichen des § 16 Abs. 1 UWG kann deshalb nur in der besonderen Art und Weise liegen, in der die Geschäftsabzeichen ihre individualisierende Wirkung für das Erwerbsgeschäft entfalten. Nach überwiegender Auffassung handelt es sich bei den Kennzeichen des § 16 Abs. 3 Satz 1 UWG um solche, die eine zusätzliche unterscheidende Wirkung hinsichtlich des Erwerbsgeschäftes ausüben. Das Merkmal der Zusätzlichkeit der Namensfunktion soll das Abgrenzungskriterium zu den Kennzeichen des § 16 Abs. 1 UWG darstellen[2].

---

1) Reimer, Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht 1947, 2. Aufl., 59. Kap. III

2) Baumbach/Hefermehl, UWG 1964, 9. Aufl., § 16 Rdz. 137

Das Kriterium der Zusätzlichkeit der Namenswirkung läßt sich jedoch mit der Schutzvoraussetzung für Geschäftsabzeichen, nämlich dem Erwerb von Verkehrsgeltung, schlecht vereinen. Der Erwerb von Verkehrsgeltung bedingt nämlich zugleich die Fähigkeit, selbständig zu kennzeichnen. Eine lediglich zusätzliche Kennzeichnungsfunktion haben gerade die typischen Fälle des § 16 Abs. 3 Satz 1 UWG (Telefonnummern, Telegrammadressen oder besondere Firmenkleidung) bereits mit der Ingebrauchnahme. Schutz als Ausschlußrechte verdienen sie jedoch erst mit dem Erwerb selbständiger Kennzeichnungsfunktion aufgrund Verkehrsgeltung. Der Erwerb zusätzlicher Kennzeichnungsfunktion als Anknüpfungspunkt für die Gewährung eines Ausschlußrechtes ist auch deshalb fragwürdig, weil ein Urteil darüber, wann nach der Verkehrsauffassung eine zusätzliche Kennzeichnungsfunktion erreicht sein soll, völlig unsicher bleiben muß. Es ist deshalb davon auszugehen, daß § 16 Abs. 3 Satz 1 UWG überhaupt keine selbständigen Kennzeichenrechte schafft, sondern lediglich den Zweck hat, mit dem Erfordernis der Verkehrsgeltung die Entstehung von Kennzeichenrechten nach § 16 Abs. 1 UWG in den Fällen zu erschweren, in denen die Interessen der Allgemeinheit an der Freihaltung von Angaben des Allgemeingebrauchs mit den Interessen der Zeichenbenutzer kollidieren. § 16 Abs. 3 Satz 1 UWG erfüllt gegenüber § 16 Abs. 1 UWG dieselbe Funktion wie § 4 Abs. 3, § 4 Abs. 2 Ziff. 1 WZG im Warenzeichenrecht[1]. Daher ist es nicht nur im Ergebnis gleichgültig, wie der BGH in der Entscheidung Karo As[2] ausführt, sondern von der Methodik her geboten, den Rechtsschutz allein auf § 16 Abs. 1 UWG zu stützen, sobald die notwendige Verkehrsgeltung erreicht ist.

Für das Verhältnis von § 16 Abs. 1 und § 16 Abs. 3 Satz 1 UWG ergibt dies folgendes: Die Frage, ob der Rechtsschutz nach § 16 Abs. 1 UWG schon mit der Ingebrauchnahme oder nach § 16 Abs. 3 Satz 1 UWG erst mit der Erringung von Verkehrsgeltung gewährt wird, wird nach der hier vertretenen Auffassung nicht durch die Zuordnung in verschiedene Arten von Kennzeichnungsfunktionen entschieden, es handelt sich vielmehr auch bei den in § 16 Abs. 3 Satz 1 UWG genannten Kennzeichen um Sonderfälle von Unternehmenskennzeichen. Für die Frage, ob ein Unternehmenskennzeichen schon mit der Ingebrauchnahme oder erst mit der Erringung von Verkehrsgeltung geschützt wird, ist deshalb darauf abzustellen, in

---

1) so richtig BGHZ 11/218 - KfA

2) BGH GRUR 57/281

welchem Zeitpunkt die Namensfunktion entsteht[1]. Unter § 16 Abs. 3 Satz 1 UWG fallen alle diejenigen Zeichen, denen nach der Verkehrsauffassung eine ursprüngliche Namenswirkung nicht zukommt. Der Tatbestandsbereich des § 16 Abs. 3 Satz 1 UWG erfaßt deshalb insbesondere auch diejenigen Abkürzungen von vollständigen, an sich unter § 16 Abs. 1 UWG fallenden Kennzeichen, die im Verkehr nicht mehr als Abkürzung des vollständigen Zeichens erkannt werden, und denen eine individualisierende Wirkung fehlt[2]. Das Maß der in § 16 Abs. 3 Satz 1 UWG erforderlichen Verkehrsgeltung ergibt sich aus dem Zweck der Vorschrift, die Monopolisierung von wenig unterscheidungskräftigen Bezeichnungen nach Möglichkeit zu erschweren. Die Anforderungen an das Maß der Verkehrsdurchsetzung sind deshalb um so höher anzusetzen, je mehr dem Kennzeichen Originalität fehlt und je mehr es ausschließlich aus Zahlen (Telefonnummern) oder Buchstaben, die lautlich nicht aussprechbar sind (Firmenabkürzungen) oder sonstigen Angaben der in § 4 Abs. 2 Ziff. 1 WZG genannten Art besteht. Hinsichtlich der Verkehrsgeltung müssen die Grundsätze der Nährbier-Entscheidung[3] auch in diesem Zusammenhang Anwendung finden. Auch die Anforderungen an den örtlichen Mindestumfang der Verkehrsgeltung sind bei wenig unterscheidungskräftigen Zeichen höher anzusetzen, die örtliche Verkehrsgeltung muß zumindest in einem erheblichen Teil eines einheitlichen Wirtschaftsgebietes erreicht sein, damit die Beschränkung des Gemeingebrauchs gerechtfertigt erscheint. Strenge Prüfungsmaßstäbe sind im Rahmen des § 16 Abs. 3 Satz 1 UWG vor allem auch deshalb angebracht, weil der sachliche Schutzumfang nach § 16 Abs. 1 UWG weitergeht als der sachliche Schutz eines über § 4 Abs. 3 WZG eingetragenen Warenzeichens. Ist jedoch die nach den vorstehenden Ausführungen erforderliche Verkehrsgeltung erreicht, dann bestimmt der Zeitpunkt der Vollendung der Verkehrsgeltung zugleich die Priorität des Kennzeichenrechts im Widerstreit mit anderen Kennzeichenrechten.

---

1) allgem. Ansicht z. B. Baumbach/Hefermehl, UWG 1964, 9. Aufl., § 16 Rdz. 137; BGHZ 4/167, 169 DUZ unter Hinweis auf die Rechtsprechung des Reichsgerichts BGHZ 8/387 - Rufnummer; BGHZ 11/214 - KfA; BGH GRUR 54/70 - Rohrbogen; GRUR 57/281 - Karo As; GRUR 59/45 - Deutsche Illustrierte; BGHZ 43/245, 252, 253 - GDP sowie BGH GRUR 68/259 NZ

2) z. B. BGH 11/214 - KfA; BGHZ 4/167 - DUZ

3) BGHZ 30/357, 351

Die Kollisionsprobleme beim Namensrecht

Der Begriff des Namens im Sinne von § 12 BGB

Der Name ist ein äußeres Kennzeichen der Person zur Unterscheidung von anderen Personen[1]. In der Literatur wird die Definition des Namens gewöhnlich dahingehend präzisiert, daß der Name die äußere sprachliche Bezeichnung für eine bestimmte Person sei, durch welche diese von anderen Personen unterschieden wird[2]. Das Namensrecht ist dagegen das Recht auf den ausschließlichen Besitz dieses Kennzeichens. Innerhalb des Tatbestandes des § 12 BGB sind hauptsächlich zwei Gruppen von Namen zu unterscheiden. Zunächst fallen unter diese Bestimmung diejenigen Namen, die aufgrund Familienrecht oder öffentlichrechtlicher Bestimmungen erworben werden. Eine noch zu erörternde ausdehnende Auslegung des § 12 BGB hat darüber hinaus auch Namen juristischer Personen in den Tatbestand einbezogen. Schließlich genießen auch Zeichen Namensschutz, denen nur eine beschränkte Namensfunktion zukommt, wie etwa den Unternehmenskennzeichen.

Der Erwerb des bürgerlichen Namens durch natürliche Personen

Gemäß § 1616 BGB erwirbt das eheliche Kind mit der Vollendung der Geburt den Familiennamen des Vaters. Diese Bestimmung ist nicht abdingbar, der somit erworbene Name ist deshalb ein Zwangsname. Art. 19 EGBGB übernimmt für das Internationale Privatrecht den Grundsatz der Maßgeblichkeit der Staatsangehörigkeit des Mannes für das Rechtsverhältnis zwischen Eltern und einem ehelichen Kind. Diese Regelung gilt insbesondere für den Erwerb des Namens gemäß § 1616 BGB. Die Nichtigkeit der Ehe der Eltern gemäß § 16 ff EheG, ebenso die Aufhebung gemäß § 28 ff, 37 EheG und die Scheidung gemäß § 54 ff EheG berühren den Erwerb des Namensrechtes durch das Kind nachträglich nicht mehr. § 1591 Abs. 1 Satz 1 BGB spricht dies für die Nichtigkeit aus, dies gilt aber erst recht für die Aufhebung und die Scheidung der Ehe, die erst für die Zukunft Wirkung äußern.

---

1) so schon RGZ 91/352 - Dierig; RGZ 137/215

2) Staudinger/Coing, BGB 1957, 11. Aufl., § 12 Anm. 2; Soergel/Siebert, BGB 1959, 9. Aufl., Anm. 1 vor § 12; Baumbach/Hefermehl, UWG 1964, 9. Aufl., § 16 Rdz. 11

Uneheliche Kinder erhalten gemäß § 1706 Abs. 1 BGB im Zeitpunkt der Vollendung ihrer Geburt kraft Gesetzes den Familiennamen der Mutter. Das Internationale Privatrecht knüpft in Art. 20 EGBGB für das Rechtsverhältnis zwischen unehelichem Kind und seiner Mutter an die Staatsangehörigkeit der Mutter an. § 1706 Abs. 1 BGB gilt für den Erwerb des Namensrechtes des unehelichen Kindes deshalb schon dann, wenn nur die Mutter Deutsche ist.

Das sogenannte Findelkind im Sinne von § 25 PStG, dessen Personenstand nicht festgestellt werden kann, erhält einen Namen durch Verfügung der obersten Landesbehörde gemäß § 26 PStG. Der Erwerb des Namensrechtes beruht allein auf Staatsakt.

Der kraft Familienrecht erworbene Name kann durch Änderung im Personenstand selbst Änderungen erfahren. Zunächst kommt als für die Änderung des Namens relevante Änderung des Personenstandes die Anfechtung der Ehelichkeit eines Kindes in Betracht. Mit der Rechtskraft der Feststellung der Unehelichkeit erhält das Kind den Namen der Mutter gemäß § 1593 BGB, 640, 643 ZPO, 1706 Abs. 1 BGB.

Verliert das uneheliche Kind den Status der Unehelichkeit durch nachfolgende Eheschließung von Vater und Mutter, dann erwirbt das Kind im Zeitpunkt der Eheschließung den Familiennamen des Vaters gemäß § 1719 BGB. Wird das uneheliche Kind auf Antrag seines Vaters vom Vormundschaftsgericht für ehelich erklärt, dann erlangt das Kind durch die Ehelichkeitserklärung die rechtliche Stellung eines ehelichen Kindes und damit den Familiennamen des Mannes gemäß § 1723, 1736, 1616 BGB. Schließlich erhält ein eheliches oder uneheliches Kind durch die Annahme an Kindes statt den rechtlichen Status eines ehelichen Kindes des Annehmenden gemäß § 1741, 1757 BGB. Dadurch erhält gemäß § 1758 Abs. 1 BGB das Kind den Familiennamen des Annehmenden. Die Namensgebung gemäß § 1706 Abs. 2 Satz 2 BGB, § 31 a PStG erfolgt nicht aufgrund der Änderung des Personenstandes des unehelichen Kindes, dieser bleibt vielmehr unberührt. Von einer Änderung des Namens durch Verwaltungsakt unterscheidet sie sich nur dadurch, daß sie aufgrund der Erklärung des Ehemanns der Mutter des unehelichen Kindes mit Einwilligung der Mutter und des Kindes erfolgt.

Durch die Eheschließung erwirbt die Frau den Namen des Mannes als Ehe-

und Familiennamen gemäß § 1355 BGB. Gemäß § 1355 Satz 2 BGB kann sie ihren Mädchennamen hinzufügen. Bei der Aufhebung und Scheidung der Ehe behält die Ehefrau grundsätzlich den einmal erworbenen Familiennamen gemäß § 37 Abs. 1, 54 EheG. Nach § 55 Abs. 1 EheG kann sie aber ihren früheren Mädchennamen und gemäß § 55 Abs. 2 EheG auch einen früheren, durch Ehe erworbenen Namen wieder annehmen. Unter den Voraussetzungen des § 56 EheG kann das Recht der Frau, nach der Scheidung den Ehenamen zu führen, mit Rechtskraft eines Urteils über die Untersagung der Namensführung durch den Mann untergehen. Eine ähnliche Regelung enthält § 57 EheG für die Untersagung der Namensführung durch das Vormundschaftsgericht auf Antrag des Mannes. Im übrigen führt die Frau wieder den ursprünglichen Familiennamen, wenn die Ehe durch rechtskräftiges Urteil für nichtig erklärt ist, § 23 EheG.

Aufgrund des Gesetzes über die Änderung von Familiennamen und Vornamen vom 5. 1. 1938 können Änderungen im Namen auch ohne Änderungen im Personenstand eintreten. Nach § 1, § 6 dieses Gesetzes kann der Familienname eines deutschen Staatsangehörigen (evtl. eines Staatenlosen) durch Verfügung der höheren Verwaltungsbehörde geändert werden. Nach § 12 des Gesetzes kann durch die untere Verwaltungsbehörde auch der Vorname geändert werden. Aufgrund von § 2 der Verordnung zur Durchführung des Gesetzes über die Änderung von Familiennamen und Vornamen vom 7. 1. 1938 kann die höhere Verwaltungsbehörde den Antrag unter Bestimmung einer Frist zur Geltendmachung von Einwendungen veröffentlichen, soweit es zur Verhütung der Beeinträchtigung von Rechten anderer Personen erforderlich erscheint. Darin wird man eine von § 12 BGB abweichende Regelung der Kollision mit anderen Namensrechten erblicken können.

Das Namensrecht der juristischen Personen

§ 12 BGB steht an sich im ersten Titel über die natürlichen Personen (§§ 1 - 20 BGB), die Anwendung der Bestimmung auf die juristischen Personen des zweiten Titels (§§ 21 - 89 BGB) bedarf deshalb der Rechtfertigung. Die Vorstellungen der überwiegenden Mehrheit der an der Abfassung und Beratung des BGB Beteiligten ging dahin, daß § 12 BGB auch auf juristische Personen Anwendung finden solle, wie das auch der Rechtslage

vor Einführung des BGB entsprach[1]. Eine darüber hinausgehende Begründung für die Anwendung des § 12 BGB hat das Reichsgericht in der Entscheidung "Verein für deutsche Schäferhunde"[2] gegeben. Das Reichsgericht führt aus, daß die Verkehrsfähigkeit eines Vereines im Rechtsverkehr wie im bürgerlichen Leben, wenn nicht aufgehoben, so doch im erheblichen Maße beeinträchtigt sei, stände es jedem anderen frei, dem eingetragenen Verein den amtlich beurkundeten und kundgegebenen Namen streitig zu machen oder sich desselben Namens zu bedienen. Die juristische Person wäre gegenüber der natürlichen Person im Geschäftsverkehr benachteiligt[3]. Das Namensrecht der juristischen Person, des eingetragenen Vereins, entsteht nicht erst mit der Erlangung der Rechtsfähigkeit durch Eintragung, vielmehr entsteht das Namensrecht, Unterscheidungskraft vorausgesetzt, bereits mit der Gründungsvereinbarung in Verbindung mit der ersten Benutzung des gewählten Namens nach außen. Die Eintragung hat konstitutive Wirkung nur für die Erlangung der Rechtsfähigkeit, während sie für die Entstehung des Namensrechtes von rein deklaratorischer Bedeutung ist. Dies läßt sich durch den Vergleich mit der Rechtslage beim nichtrechtsfähigen Verein rechtfertigen. Dieser hat ebenfalls ein Namensrecht nach § 12 BGB[4]. Das Reichsgericht beruft sich dabei auf das Verkehrsbedürfnis, das erfordere, den nichtrechtsfähigen Verein nicht schutzlos dem Mißbrauch des Namens preiszugeben[5]. Die Gründung erfolgt beim nichtrechtsfähigen Verein durch Einigung der Gründe. Es liefe auf eine Benachteiligung des rechtsfähigen Vereines gegenüber dem nichtrechtsfähigen hinaus, wollte man die Entstehung des Namensrechtes von der Eintragung abhängig machen, während das Namensrecht des in seinen Gründungsvoraussetzungen abgesehen von der Form ganz ähnlichen nichtrechtsfähigen Vereins schon mit der Gründungsvereinbarung und erster Ingebrauchnahme im Verkehr entstünde.

§ 12 BGB findet auch auf die Firma der Aktiengesellschaft, die zugleich ihr einziger Name ist, Anwendung[6]. Ebenso wie beim eingetragenen Ver-

---

1) siehe Übersicht bei Staudinger/Coing, BGB 1957, 11. Aufl., § 12 Anm. 52
2) RGZ 74/114, 115
3) Baumbach/Hefermehl, UWG 1964, 9. Aufl., § 16 Rdz. 19
4) seit RGZ 78 102, 104 - Gesangsverein Germania ständige Rechtspr.
5) ebenso Baumbach/Hefermehl, UWG 1964, 9. Aufl., § 16 Rdz. 20
6) ständige Rechtsprechung seit RGZ 100/182, 186, 187 - Gervais, und RGZ 163/233 -Hydraulik für Sachfirma

ein stellt sich auch für das Namensrecht der Aktiengesellschaft die Frage, ob dieses erst mit der Entstehung der Rechtsfähigkeit der Aktiengesellschaft oder eventuell schon zu einem früheren Zeitpunkt begründet wird. Die Bedeutung der Frage besteht in der Festlegung des für die Kollision mit anderen Kennzeichenrechten maßgeblichen Zeitpunkts der Priorität des Namensrechtes.

Die Aktiengesellschaft entsteht als Rechtsperson mit der Eintragung ins Handelsregister gemäß § 41 Abs. 1 AktG. Nach § 3 AktG gilt die Aktiengesellschaft als Handelsgesellschaft, und zwar auch dann, wenn der Gegenstand des Unternehmens nicht dem Betrieb eines Handelsgewerbes besteht. Nach § 6 Abs. 1 HGB finden die in Betreff der Kaufleute gegebenen Vorschriften auch auf die Handelsgesellschaften Anwendung. Damit finden die Vorschriften über die Firma gemäß §§ 17 - 37 HGB mit der Modifikation des § 4 AktG durch § 6 Abs. 2 HGB Anwendung. Nach § 17 HGB ist die Firma definiert als Namen des Kaufmanns. Die Kaufmannseigenschaft entsteht bei der Aktiengesellschaft jedoch erst mit der Eintragung ins Handelsregister. Nach § 39 Abs. 1, 41 Abs. 1 AktG fallen Zeitpunkt der Entstehung der Kaufmannseigenschaft und der Entstehung des Firmenrechts mit dem Zeitpunkt der Eintragung der Aktiengesellschaft ins Handelsregister zusammen. Das Firmenrecht genießt zugleich als Name der juristischen Person Zeichenschutz gemäß § 12 BGB[1]. Vor der Eintragung ins Handelsregister besteht deshalb die Aktiengesellschaft nicht als juristische Person. Mit dieser Feststellung ist jedoch nicht gesagt, daß die in der Gründung befindliche Aktiengesellschaft vor der Eintragung ein rechtlich nicht relevantes Nullum ist, das keinen Namensschutz genießen kann. § 41 Abs. 1 AktG, der die Haftung für Handeln im Namen der Gesellschaft vor der Eintragung regelt, setzt vielmehr offensichtlich voraus, daß für die werdende Aktiengesellschaft schon vor ihrer Entstehung Rechtsgeschäfte in ihrem Namen abgeschlossen werden können. Dann ist es aber nicht angängig, sie durch Verweigerung des Namensschutzes in diesem Stadium praktisch schutzlos zu lassen. Nach § 29 AktG ist die Gesellschaft mit der Übernahme aller Aktien durch die Gründer errichtet. Über die Rechtsnatur der sogenannten errichteten Gesellschaft besteht Streit. Das Reichsgericht vertrat die Ansicht, daß es sich bei der errichteten Gesellschaft um eine Gesellschaft des bürgerlichen Rechts unter den Gründen mit dem Ge-

---

1) Baumbach/Hefermehl, UWG 1964, 9. Aufl., § 16 Rdz. 37

sellschaftszweck der Entstehung der Aktiengesellschaft handele[1]. Hueck vertritt dagegen die Ansicht, daß die errichtete Aktiengesellschaft rechtlich ein nichtrechtsfähiger Verein des bürgerlichen Rechts, ein sogenannter Gründungsverein, sei[2]. Schließlich wird vertreten, daß das Recht der offenen Handelsgesellschaft ausnahmsweise Anwendung finde, wenn die Gründer ohne die Absicht der Eintragung die Geschäftstätigkeit unter einer gemeinsamen Firma aufnehmen[3]. Im Anschluß an die neuere Rechtsprechung des BGH ist die Meinung im Vordringen, daß die werdende Aktiengesellschaft sich überhaupt nicht in eine der Gestaltungsformen des BGB oder HGB einordnen lasse, sondern daß im Einzelfall unter Abwägung der Interessen der Allgemeinheit, insbesondere der Gläubiger und der Interessen der werbenden Gesellschaft entschieden werden müsse, ob die Rechtssätze der entstandenen Aktiengesellschaft Anwendung finden[4]. Der Meinungsstreit kann für die Beantwortung der Frage des Namensschutzes nach Errichtung der Aktiengesellschaft gemäß § 29 AktG dahinstehen. Aus der Ansicht, daß die errichtete Aktiengesellschaft ein nichtrechtsfähiger Verein sei, folgt ein Namensschutz zwanglos in Übereinstimmung mit der ständigen Rechtsprechung zum Namensschutz des nichtrechtsfähigen Vereins. Aber auch vom Standpunkt der anderen Auffassung kann das Ergebnis nicht anders sein. Das folgt meines Erachtens schon aus der stillschweigenden Voraussetzung des Namensschutzes durch den Gesetzgeber in § 41 Abs. 1 AktG. Die errichtete Aktiengesellschaft besitzt nach gesetzlicher Regelung auch schon eigene Verwaltungsorgane gemäß § 30 AktG. Diese handeln im Namen der künftigen Aktiengesellschaft, dies ist jedoch nur sinnvoll, wenn man der errichteten Aktiengesellschaft ein Namensrecht zubilligt, das mit der Ingebrauchnahme entsteht[5].

Entsprechendes gilt auch für Kommanditgesellschaft auf Aktien. Das Firmenrecht entsteht mit der Kaufmannseigenschaft und diese wiederum mit der Eintragung ins Handelsregister gemäß §§ 279, 278 Abs. 3, 39 Abs. 1, 41 Abs. 1 und 3 AktG in Verbindung mit § 6 Abs. 1 HGB. Dieses Fir-

---

1) RGZ 58/56 für GmbH; RGZ 131/30 für die AG
2) Baumbach/Hueck, AktG 1968, 13. Aufl., § 29 Anm. 4 m. w. Nachw.
3) so BGHZ 22/240
4) BGHZ 20/281; 21/242; 22/240
5) Gadow/Heinichen/Fischer AktG 1961, 2. Aufl., § 22 Anm. 7

menrecht findet jedenfalls Schutz gemäß § 12 BGB. Daneben steht der werdenden Kommanditgesellschaft auf Aktien mit der Errichtung gemäß § 280 AktG und der Ingebrauchnahme auch ein Namensrecht zu, da sie nach der Errichtung bereits am Rechtsverkehr teilnimmt und eigene Verwaltungsorgane hat (§ 30 AktG, allerdings keinen Vorstand).

Dieselbe Problematik ergibt sich für die GmbH nach Errichtung, aber vor der Eintragung der Gesellschaft. Das Firmenrecht entsteht erst mit der Entstehung der juristischen Person gemäß § 13 Abs. 1 GmbHG, da erst durch die Eintragung die Kaufmannseigenschaft begründet wird. § 13 Abs. 3 GmbHG in Verbindung mit § 6 Abs. 1 HGB. Dieses Firmenrecht findet Namensschutz gemäß § 12 BGB. Daneben steht der werdenden GmbH nach der Errichtung aufgrund des Abschlusses eines Gesellschaftsvertrages und Übernahme aller Stammeinlagen § 3 Abs. 1 Ziff. 4 GmbHG schon im Zeitpunkt der Ingebrauchnahme ein Namensrecht zu. Der Theorienstreit bezüglich der Rechtsnatur der im Stadium der Gründung befindlichen GmbH wird mit denselben Argumenten geführt, wie im Falle der Aktiengesellschaft, er kann auch hier dahinstehen[1]. Aus § 11 Abs. 2 GmbHG ergibt sich jedenfalls, daß der Gesetzgeber stillschweigend von der Möglichkeit eines Handelns im Namen der Gesellschaft schon vor der Eintragung ausgegangen ist. §§ 6, 7, 8 GmbHG. Auch geht das Gesetz davon aus, daß schon vor der Eintragung Geschäftsführer bestellt werden und als Organe der werdenden GmbH tätig sein können. § 6 GmbHG. Die Zubilligung eines Namensrechtes nach Errichtung der GmbH mit dem Gebrauch im Verkehr erfüllt deshalb ein unabweisbares praktisches Bedürfnis, ohne daß die Interessen des Verkehrs ungebührlich beeinträchtigt werden. Der in § 11 GmbHG zum Ausdruck gelangte Wille des Gesetzes, die GmbH vor Eintragung im Interesse der Gläubiger nicht zu belasten, spielt keine Rolle. Soweit die bestellten Geschäftsführer im Stadium nach Errichtung der Gesellschaft bis zur Entstehung der GmbH als Rechtsperson zulässig Rechtsgeschäfte abschließen, müssen sie auch die Möglichkeit haben, im Namen der werdenden GmbH aufzutreten, schon um diese Geschäfte von eigenen zu unterscheiden. Dies kann dann von Bedeutung sein, wenn etwa ein Gesellschafter erst ein Handelsgeschäft erwirbt und es dann in die werdende GmbH als Einlage einbringt, ohne es mit der alten Firma als eigenes, nach außen hin fortzuführen[2].

---

1) zum Streitstand Hachenburg, GmbHG 1956, 6. Aufl., § 11 Anm. 1
2) RGZ 143/368

Nicht anders ist schließlich die Rechtslage bei der Genossenschaft. Nach § 13, 17 GenG entsteht die Rechtsperson der Genossenschaft als selbständiger Rechtsträger erst mit der Eintragung. Gemäß § 17 Abs. 2 GenG gilt sie von diesem Zeitpunkt ab als Kaufmann und damit entsteht zugleich das Firmenrecht. § 3 GenG, 6 HGB. Das Firmenrecht genießt Rechtsschutz als Name gemäß § 12 BGB. Da aber auch die werdende Genossenschaft schon vor der Eintragung Organe hat gemäß § 9 GenG und damit jedenfalls beschränkt handlungsfähig ist, steht ihr schon mit dem Abschluß eines Genossenschaftsvertrages und der ersten Benutzung auch ein Namensrecht zu.

Der Schutz der beschränkten Namensfunktion in § 12 BGB

§ 12 BGB findet auch Anwendung auf Bezeichnungen, die eine natürliche oder juristische Person lediglich in einem besonderen Zusammenhang individualisieren.

Zunächst kommen hier diejenigen Bezeichnungen in Betracht, deren sich eine natürliche Person zu besonderen Zwecken neben ihrem Zwangsnamen bedient. Nach der Verschiedenheit der Zwecke lassen sich vor allem Pseudonyme, Decknamen und Künstlernamen unterscheiden. Gemeinsam ist ihnen, daß sie als Wahlnamen neben dem bürgerlich-rechtlichen Zwangsnamen geführt werden. Obwohl sie nur in bestimmtem Umfang individualisieren, besteht an ihrer Einordnung in den Tatbestand des § 12 BGB kein Zweifel. Das Namensrecht entsteht grundsätzlich mit der ersten Benutzung, jedoch wird dem Wahlnamen häufig eine ursprüngliche Kennzeichnungskraft fehlen. Bei Fehlen ursprünglicher Kennzeichnungskraft entsteht das Namensrecht erst im Zeitpunkt des Erwerbes von namensmäßiger Unterscheidungskraft.

Nach der Definition des § 17 HGB ist die Firma der Name des Kaufmanns im Handelsverkehr, also ebenfalls eine Bezeichnung, die nur im besonderen Zusammenhang namensmäßige Wirkung entfaltet. Dabei ist allerdings zu berücksichtigen, daß die Firma der Handelsgesellschaften deren Name schlechthin ist, da sie neben der Firma nicht auch noch einen davon verschiedenen Namen haben. Vielmehr dürfen sie aus Gründen des Gläubigerschutzes nur eine Firma führen. Die Definition des § 17 HGB paßt deshalb genau genommen nur auf den Einzelkaufmann, und auch bei ihm können die Bezeichnungen von Name und Firma zusammenfallen gemäß § 18 Abs.

1 HGB. Aber auch soweit bürgerlicher Zwangsname und Firma auseinanderfallen, wie beim Erwerb eines Handelsgeschäftes unter Fortführung der alten Firma des Veräußerers gemäß § 22 HGB, ist die Gewährung von Namensschutz nach § 12 BGB in ständiger Rechtsprechung anerkannt. Diese Rechtsprechung läßt sich zwar theoretisch mit dem Hinweis auf die Ausschließlichkeit der Regelung des Firmenschutzes in § 37 HGB gegenüber dem Namensschutz des § 12 BGB bekämpfen, ist aber gerade aus der Erkenntnis der Unzulänglichkeit des Firmenschutzes nach § 37 HGB gerechtfertigt. Außerdem war die Rechtsprechung, nachdem sie einmal, unter Überwindung der Bedenken aus der Stellung des § 12 BGB im Titel über natürliche Personen, auch der Firma juristischer Personen Namensschutz zugebilligt hatte, gezwungen, auch die Firma der Personengesellschaften und des Einzelkaufmanns nach § 12 BGB Schutz zu gewähren. Andernfalls hätte ein nicht gerechtfertigter Unterschied im Schutz der Firma von juristischen Personen und von Einzelkaufleuten bestanden. Das Reichsgericht sprach deshalb zunächst der Firma der OHG Namensschutz dann zu, wenn die Firma den Namen eines Gesellschafters enthielt[1]. Der Bundesgerichtshof vollendete die Entwicklung der Rechtsprechung mit der Entscheidung Farina[2], indem er § 12 BGB ausnahmslos auf alle Arten von Firmen anwandte. Der für die Priorität maßgebliche Zeitpunkt wird durch den Zeitpunkt der Entstehung des Firmenrechts bestimmt. Wie im Zusammenhang mit der Firma bereits erörtert wurde, entsteht das Firmenrecht grundsätzlich mit der ersten Benutzung.

Die Rechtsprechung gewährt schließlich auch solchen Bezeichnungen Namensschutz, die eine natürliche oder juristische Person nur mittelbar in einem besonderen Zusammenhang kennzeichnen, während sie unmittelbar lediglich ein Erwerbsgeschäft bzw. ein Unternehmen individualisieren[3]. Der für die Priorität des Rechtsschutzes nach § 12 BGB maßgebliche Zeitpunkt bestimmt sich ebenso wie in § 16 Abs. 1 UWG grundsätzlich nach der Ingebrauchnahme, bei fehlender Individualität nach dem Erwerb entsprechender Kennzeichnungskraft.

---

1) RGZ 114/90, 93
2) BGHZ 14/155, 159
3) BGH GRUR 63/430, 431 - Erdener Treppchen; BGH GRUR 57/87 - Meisterbrand

Die rechtlichen Voraussetzungen einer Kollision

Der örtliche Schutzbereich des Namensrechtes

Die Frage des örtlichen Schutzbereichs des Namensrechtes ist von Bedeutung für die weitere Frage, ob dem Namensrecht des Inländers eine über die Grenzen der Bundesrepublik hinausgehende Schutzwirkung zukommt und umgekehrt, ob das Namensrecht des Ausländers auch im Inland ein zu schützendes Rechtsgut ist. Damit nicht zu verwechseln ist die Frage, ob dem Ausländer überhaupt ein Namensrecht zusteht, dies bestimmt sich nach allgemeiner Ansicht allein nach dem Heimatrecht des Namensberechtigten entsprechend dem sogenannten Personalstatut[1].

Der örtliche Umfang des Namensschutzes hängt von der Auffassung über die Rechtsnatur des Namensrechtes ab. Während der Auffassung von der persönlichkeitsrechtlichen Natur des Namensrechtes konsequenterweise die Auffassung der Universalität des Namensrechtes entspricht, korrespondieren auf der Gegenseite die Auffassungen der immaterialgüterrechtlichen Natur des Namensrechtes sowie der Territorialitätsgrundsatz. Das Reichsgericht hat ursprünglich entsprechend seiner Auffassung des Namensrechtes als reines Persönlichkeitsrecht den Grundsatz der Universalität vertreten und das Namensrecht des im Ausland wohnenden Ausländers gegen Verletzungen auch in Deutschland in gleicher Weise geschützt wie das Recht des Inländers nach § 12 BGB[2]. In der Folgezeit verlangte das Reichsgericht für den Schutz des ausländischen Namens in Deutschland gemäß § 12 BGB, § 16 UWG, daß er soweit in den inländischen Verkehr eingedrungen sei, daß er in den beteiligten Verkehrskreisen schon eine gewisse Anerkennung als Hinweis auf die ausländische Firma gefunden habe, möge diese auch nicht zu einer völlig abgeschlossenen Verkehrsgeltung entwickelt sein[3]. Den grundsätzlichen Standpunkt, daß das Namensrecht ein reines Persönlichkeitsrecht sei, gab das Reichsgericht indes nicht auf. Auch die Rechtsprechung

---

1) ständige Rechtsprechung RGZ 29/127; RGZ 95/271, 272; BGHZ 8/318 - Raape, Internationales Privatrecht 1900, 5. Aufl., S. 611

2) RGZ 117/215, 218 - Eskimo Pie

3) RGZ 170/302, 306 - De vergulde Hand; ebenso RGZ 132/374, 379, 380 - Chaussure manon; RGZ 141/110, 120, 121 - The white spot

des BGH schwankt. Nach der Pazifist-Entscheidung[1] genießt das Namensrecht des Ausländers (hier französische Staatsangehörige) auf Führung seines Namens in Deutschland in gleicher Weise Schutz gegen Verletzungen wie das Recht des Inländers nach § 12 BGB. Der BGH beruft sich dabei auf die ältere Rechtsprechung des Reichsgerichts, insbesondere in der Eskimo Pie - Entscheidung. Nach der Entscheidung ESDE[2] wird das Namensrecht eines Unternehmens mit Sitz in der sowjetisch besetzten Zone mit dem Zeitpunkt der Ingebrauchnahme in der Bundesrepublik gemäß § 12 BGB geschützt. Die Entscheidung Waldes Kohinoor[3] macht wiederum den Schutz des ausländischen Namensrechtes davon abhängig, daß in den beteiligten Verkehrskreisen eine gewisse Anerkennung als Hinweis auf das ausländische Unternehmen erreicht sei und beruft sich dabei auf die spätere Rechtsprechung des Reichsgerichts. Nach der Entscheidung White Horse[4] ist der Schutz eines ausländischen Unternehmenskennzeichens als Name nur von der Ingebrauchnahme im Inland abhängig. Die widersprüchlichen Entscheidungen erklären sich meines Erachtens daraus, daß der Begriff des Namens im Sinne von § 12 BGB durch die Rechtsprechung eine derartige Ausdehnung erfahren hat, daß die Einordnung nach der Rechtsnatur (Persönlichkeitsrecht oder Immaterialgüterrecht) und dementsprechend die Entscheidung für den örtlichen Schutzumfang (Universalitäts- oder Territorialitätsprinzip) nicht mehr für den gesamten Tatbestand einheitlich möglich ist. Während auf der einen Seite der kraft Familienrecht erworbene bürgerliche Zwangsname rein persönlichkeitsrechtlicher Natur ist, sind auf der anderen Seite die Unternehmenskennzeichen des § 16 Abs. 1 UWG reine Immaterialgüterrechte, auch wenn sie in § 12 BGB als Namen geschützt werden. Zwischen diesen Extremen liegen Namensrecht mit persönlichkeitsrechtlichem und immaterialgüterrechtlichem Einschlag, die man als Mischrechte bezeichnen muß[5]. Für die Frage des örtlichen Schutzbereiches ist dementsprechend eine Differenzierung angebracht. Allein der bürgerliche familienrechtliche Zwangsname als reines Persönlichkeitsrecht genießt entsprechend dem Universalitätsprinzip auch außerhalb des Geltungsbereiches der für die Entstehung maßgeblichen

---

1) BGHZ 8/318

2) BGHZ 34/91, 96, 97

3) BGHZ 39/220, 239

4) BGH GRUR 66/267, 269

5) für die Firma Ulmer, Urheberrecht 1960, 2. Aufl., § 19 S. 103

Rechtsordnung Schutz. Das bedeutet für das ausländische Namensrecht, daß es Schutz auch gegen Verletzungen in Deutschland gemäß § 12 BGB genießt, während deutsche Namen gegen ausländische Verletzungshandlungen bei Vorliegen eines deutschen Gerichtsstandes Schutz genießen können. Dies entspricht auch der Interessenlage, denn es wäre praktisch nicht durchführbar und nicht gerechtfertigt, für den Schutz der ausländischen bürgerlichen Zwangsnamen erst eine Ingebrauchnahme im Inland zu verlangen[1]. Alle anderen, unter § 12 BGB fallenden, Namensrechte sind dagegen keine reinen Persönlichkeitsrechte, sondern haben einen mehr oder minder großen immaterialgüterrechtlichen Einschlag. Für sie gilt das Territorialitätsprinzip. Einem deutschen Namensrecht wird insoweit ein über das Hoheitsgebiet hinausgehender Schutz nur dann zuteil, wenn es auch im Ausland die dort für die Entstehung eines Zeichenrechtes erforderlichen Voraussetzungen erfüllt. Umgekehrt findet ein ausländisches Namensrecht in der Bundesrepublik Deutschland erst mit der Erfüllung der inländischen Schutzvoraussetzungen Schutz. Grundsätzlich ist deshalb Ingebrauchnahme in der Bundesrepublik Deutschland erforderlich. Unrichtig ist es dagegen, darüber hinaus noch eine gewisse Verkehrsanerkennung zu fordern, diese ist vielmehr lediglich für den Umfang des gewährten Rechtsschutzes von Bedeutung. Das zusätzliche Erfordernis einer gewissen Verkehrsanerkennung im Inland muß im Verhältnis zu den Vertragsstaaten der Pariser Verbandsübereinkunft zugleich als Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz gemäß Art. 8 PVÜ gewertet werden. Diese Auffassung wird auch in der Literatur überwiegend vertreten[2]. Ist der bürgerliche Zwangsname dagegen außerdem in Kennzeichenrechten enthalten, die Namensschutz nach § 12 BGB genießen, wie z. B. in Firma und Unternehmenskennzeichen, erweitert sich zwar nicht deren Schutzbereich, aber mittelbar können diese Kennzeichen an dem örtlich unbeschränkten Schutz des außerdem bestehenden Namensrechtes am bürgerlichen Zwangsnamen teilnehmen. Voraussetzung ist allerdings, daß der Inhaber des bürgerlichen Namens und der Firmeninhaber identisch sind.

---

1) so im Ergebnis auch die Rechtsprechung, soweit sie sich auf bürgerliche Namen bezieht. BGHZ 8/318 untersagt den Gebrauch eines ausländischen Familiennamens in einem deutschen politischen Verein

2) Baumbach/Hefermehl, UWG 1964, 9. Aufl., § 16 Rdz. 37 und WZG 1969, 10. Aufl., Art. 8 PVÜ, Rdz. 2; Heydt, GRUR 66/271, 272; Staudinger/Coing, BGB 1957, 11. Aufl., § 12 Anm. 86; Soergel/Siebert, BGB 1967, 10. Aufl., § 12 Anm. 22

Der sachliche Schutzbereich des § 12 BGB

Der Tatbestand des § 12 BGB unterscheidet hinsichtlich des Namensschutzes zwei Gruppen. Er ist einerseits anwendbar, wenn das Recht zum Gebrauch eines Namens dem Berechtigten von einem anderen bestritten wird (Namensleugnung) und andererseits, wenn der Name des Berechtigten von einem anderen unbefugt gebraucht wird und dadurch ein schutzwürdiges Interesse des Namensträgers verletzt wird (Namensanmaßung). Im Zusammenhang mit der Erörterung der Kollision von Kennzeichenrechten ist der Fall der Verletzung des Namensrechtes durch unbefugten Gebrauch der praktisch allein Wichtige, weil bei der rein negativen Namensleugnung kein eigenes Kennzeichenrecht geltend gemacht wird.

Im Tatbestand des § 12 BGB ist der Begriff der Namensanmaßung nicht näher erläutert. Immerhin spricht das Gesetz aber davon, daß ein anderer unbefugt den gleichen Namen gebrauchen müsse. Ein Gebrauch des Namens liegt in jeder Verwendung, die die individualisierende Funktion des Namens beeinträchtigt. Da der Begriff des Namens im Sinne von § 12 BGB nicht nur die unmittelbare Bezeichnung der Person selbst, sondern auch deren mittelbare Bezeichnung in ihrer Eigenschaft als Kaufmann oder Inhaber eines Unternehmens umfaßt, ist auch die Beeinträchtigung dieser Funktionen ein Namensgebrauch gemäß § 12 BGB[1]. Darüber hinaus liegt ein Namensgebrauch auch in der Verwendung eines Namens in einer Funktion, die zwar nicht selbst unter den Begriff der Namensfunktion fällt, wie die Bezeichnung der Herkunft von Waren, jedoch die Erfüllung der Namensfunktion deshalb beeinträchtigt, weil sie mittelbar auf den Namensträger hinweist[2]. Es ist hier an die Ausführungen über die gegenseitige Überschneidung der kennzeichenrechtlichen Funktionen zu erinnern.

Voraussetzung für die Geltendmachung von Rechten aus § 12 BGB ist ferner, daß dem Kläger selbst eine Befugnis zur Führung des Namens zusteht. Die Befugnis zum Gebrauch des Namens ergibt sich bei den bürgerlichen Namen aus den entsprechenden familienrechtlichen Bestimmungen. Bei den durch Wahl ursprünglich entstandenen Namensrechten dage-

---

1) Baumbach, Hefermehl, UWG 1964, 9. Aufl., § 16 Rdz. 41
2) RGZ 74, 308 - Zeppelin; BGHZ 30 79 - Caterina Valente

gen läßt sich die Frage der Befugnis zur Namensführung nur nach dem Rangverhältnis zu einem anderen Namensbenutzer entscheiden. Der Befugnis des einen Benutzers zur Namensführung entspricht bei Wahlnamen als notwendiges Korrelat der Mangel der Befugnis des anderen Benutzers zur Namensführung. Die Befugnis zur Namensführung kann bei den Wahlnamen nur aufgrund der Prioritätsverhältnisse entschieden werden[1]. Der für die Priorität maßgebliche Zeitpunkt ergibt sich aus den Erörterungen über den Zeitpunkt der Entstehung des Namensrechtes selbst.

Neben dem Mangel der Befugnis zum Gebrauch des Namens setzt § 12 BGB weiter den Gebrauch des gleichen Namens voraus. Trotz des Wortlautes fällt nicht nur eine buchstabengetreue identische Benutzung des Namens, sondern auch eine abweichende unter § 12 BGB, sofern sie nur das Interesse des Berechtigten verletzt. Wollte man anders entscheiden, dann könnte die Anwendung des § 12 BGB schon durch eine Abweichung in ganz unwesentlichen Punkten ausgeschlossen und damit der gesetzliche Schutzzweck umgangen werden. Ein wirksamer Namensschutz erfordert deshalb eine Auslegung des Begriffs des gleichen Namens dergestalt, daß darunter auch ähnliche Namen fallen, sofern sie nach der Verkehrsauffassung mit dem Namensberechtigten in Verbindung gebracht werden[2]. Das Maß der für die Annahme von Gleichheit im Sinne von § 12 BGB erforderlichen Übereinstimmung der Zeichen ist so zu bestimmen, daß das schutzwürdige Interesse des Berechtigten gewahrt bleibt. Hinsichtlich der Art der Verwendung ist eine Verletzung des Interesses im Gegensatz zu § 16 Abs. 1 UWG, der einen Gebrauch im Geschäftsverkehr voraussetzt, nicht nur im Falle einer geschäftlichen Verwendung, sondern auch bei Verletzung eines ideellen Interesses anzunehmen[3]. Andererseits ist das Namensrecht auch gegen die unbefugte geschäftliche Verwendung geschützt[4]. Namen, die nur

---

1) Baumbach/Hefermehl, UWG 1964, 9. Aufl., § 16 Rdz. 61
2) Baumbach/Hefermehl, UWG 1964, 9. Aufl., § 16 Rdz. 45
3) Baumbach/Hefermehl, UWG 1964, 9. Aufl., § 16 Rdz. 50, 51; BGHZ 8/318 - Verletzung des Namensrechtes einer Witwe durch Aufnahme des Namens des verstorbenen Ehemannes in den Namen eines politischen Vereins; BGH GRUR 58/302 - Lego; BGHZ 20 345
4) RGZ 74/310 - Zeppelin; RG GRUR 1941 475 - Lindbergh; BGHZ 30/7 - Caterina Valente

im geschäftlichen Verkehr Verwendung finden, wie Firma, besondere Geschäftsbezeichnung, ist ein schutzwürdiges Interesse nur bei Verwendung im Geschäftsverkehr anzuerkennen. Wollte man diese Kennzeichen auch außerhalb des Geschäftsverkehrs gegen nichtgeschäftsmäßige Verwendung schützen, dann müßte gegen die Anwendung des § 12 BGB insoweit der Einwand der Gesetzesumgchung erhoben werden. Wenn § 16 UWG, §§ 37, 30 HGB den Schutzbereich der dort geschützten Kennzeichenrechte auf die geschäftliche Verwendung begrenzen, dann kann dies nicht durch die Anwendung des § 12 BGB übergangen werden[1].

Ein entsprechender Gedanke gilt hinsichtlich der Anforderungen an die Übereinstimmung der Namen in § 12 BGB. Für Namen, die im geschäftlichen Verkehr gebraucht werden, ist ein schutzwürdiges Interesse nur insoweit anzuerkennen, als Verwechslungsgefahr besteht. Der Begriff der Verwechslungsgefahr ist gleichbedeutend wie in den Bestimmungen der §§ 16 Abs. 1 UWG und 31 WZG auszulegen. Nur ausnahmsweise ist ein schutzwürdiges Interesse auch dann anzuerkennen, wenn zwar keine Verwechslungsgefahr vorliegt, jedoch die Gefahr der Verwässerung der Kennzeichnungs- und Werbekraft eines berühmten Namens vorliegt. Voraussetzungen und Reichweite des Schutzes gegen Verwässerungsgefahr sind im gesamten Kennzeichenrecht einheitlich zu bestimmen, es kann deshalb auf die Ausführungen zur berühmten Marke ohne Namensfunktion verwiesen werden.

Bei Namen, die wie der bürgerliche Familienname auch außerhalb des geschäftlichen Verkehrs Verwendung finden, geht das schutzwürdige Interesse des Berechtigten hinsichtlich der Art der Verletzungshandlung weiter, dafür sind jedoch die Anforderungen an die Gleichheit des Namens enger zu fassen. Regelmäßig werden schon geringfügige Unterschiede die Verwechslungsgefahr ausschließen. Der Verkehr ist nämlich an das Nebeneinanderbestehen vieler ähnlicher bürgerlicher Namen gewöhnt und achtet deshalb auf geringfügige Unterschiede der Schreibweise. Bei individuellen, seltenen Namen dagegen ist der Bereich der Verwechslungsgefahr hinsichtlich der Anforderungen an die Ähnlichkeit weiter zu ziehen. Für den sachlichen Schutzbereich des Namensrechtes ergibt sich, daß bürgerliche Zwangsnamen und Wahlnamen zwar gleichermaßen Schutz gegen

---

1) Baumbach/Hefermehl, UWG 1964, 9. Aufl., § 16 Rdz. 52

Verwechslung bzw. Verwässerung finden, daß aber die Anforderungen an den Ausschluß der Verwechslungs- bzw. Verwässerungsgefahr je nach der Art des Namensrechtes verschieden sind.

Nach § 12 Satz 1 BGB kann im Falle der rechtswidrigen Namensleugnung oder Namensanmaßung deren berechtigte Beseitigung der Beeinträchtigung verlangen. Zur Beseitigung der Beeinträchtigung gehört auch die Löschung einer rechtswidrigen Eintragung einer Firma oder eines Warenzeichens[1]. Nach § 12 Satz 2 BGB kann der Berechtigte beim Bevorstehen weiterer Beeinträchtigungen Unterlassungsklage erheben. Die Voraussetzungen dieses Anspruchs decken sich mit den Voraussetzungen des Unterlassungsanspruches gemäß § 1004 BGB. Das Namensrecht ist schließlich als gesetzlich geregelter Spezialfall des allgemeinen Persönlichkeitsrechtes auch als sonstiges Recht im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB geschützt. Der Anspruch auf Schadensersatz setzt allerdings Verschulden des Verletzers voraus.

---

1) allgemeine Meinung z. B. RGZ 54, 42; GRUR 1927/66; RGZ 95, 292; RGZ 117/221

Die Geltung des Prioritätsprinzips im Rahmen von § 12 BGB

Hinsichtlich der Geltung des Prioritätsprinzips ist zwischen den verschiedenen, in § 12 BGB geschützten Kennzeichenrechten zu differenzieren. Das Prioritätsprinzip ist zunächst nicht anwendbar, soweit es sich um Namen handelt, die natürlichen Personen nicht aufgrund eines eigenen Wahlaktes, sondern in Anknüpfung an familienrechtliche Verhältnisse vom Gesetz ohne deren Willen zugewiesen werden. Durch die Anknüpfung an familienrechtliche Tatbestände (Abstammung, Ehe, Adoption) hat der Gesetzgeber zugleich das Nebeneinanderbestehen mehrerer (vieler) Namensrechte an demselben Namen vorausgesetzt[1]. Das Prioritätsprinzip ist insoweit unanwendbar. Soweit der bürgerliche Name aufgrund zwingender Vorschriften gemäß § 18, 19 HGB in die Firma aufgenommen wird, kommt das Prioritätsprinzip zwar nicht voll zum Tragen, die Priorität kann aber von Bedeutung für die Frage sein, welcher von zwei Firmeninhabern im Interesse der Vermeidung von Verwechslungsgefahr unterscheidende Zusätze anbringen muß. Wird der bürgerliche Name ohne zwingende gesetzliche Bestimmungen in Kennzeichenrechte aufgenommen, die Namensfunktion ausüben, dann verstärkt sich die Geltung des Prioritätsprinzips dahingehend, daß der prioritätsältere Zeicheninhaber zwar grundsätzlich den lauteren Gebrauch des Familiennamens im Geschäftsverkehr nicht hindern kann, wohl aber den unlauteren Gebrauch. Den prioritätsjüngeren Zeicheninhaber trifft eine erhöhte Pflicht, Verwechslungsgefahr nach Möglichkeit durch Anbringung von Zusätzen zu vermeiden. Auf bürgerliche Wahlnamen, wie Deckname, Pseudonym oder Künstlername findet dagegen das Prioritätsprinzip uneingeschränkt Anwendung. Dasselbe gilt für diejenigen Kennzeichenrechte, die nur eine beschränkte Namensfunktion ausüben und nur aufgrund der extensiven Auslegung des § 12 BGB durch die Rechtsprechung Namensschutz genießen. Für die Anwendung des Prioritätsprinzips im Tatbestand des § 12 BGB läßt sich mithin keine generell gültige Formulierung treffen, es ist vielmehr auf die Art des Namens im konkreten Falle abzustellen. Zu weitgehend ist es allerdings, die Geltung des Prioritätsprinzips in § 12 BGB generell zu leugnen[2].

---

1) Staudinger/Coing, BGB 1957, 11. Aufl., § 12 Anm. 79

2) so aber Haupt, die Bedeutung des Prioritätsgrundsatzes im Recht der Kennzeichen, Dissertation Köln 1963, S. 70

Die Anwendung des Rechtsgedankens aus § 16 WZG auf die Bestimmung des § 12 BGB

Das Reichsgericht hat in der Entscheidung Benediktineressenz ausgesprochen, daß der in § 16 WZG ausgesprochene Rechtsgedanke sinngemäß auch gegenüber § 12 BGB und § 16 UWG anzuwenden ist, und darauf gerichtet ist, die unentbehrlichen Bezeichnungen dem Verkehr zu sichern, soweit es sich nicht um einen warenzeichenmäßigen bzw. schlagwortartigen Gebrauch des fremden Zeichens handelt[1]. Dem ist zuzustimmen. Enthält ein Namensrecht Angaben des Allgemeingebrauchs, oder ist der Name an solche Angaben angelehnt, dann kann der Namensberechtigte einen Gebrauch der Angaben nicht hindern, der in lauterer Weise unter möglichster Schonung des Namensrechtes, wenn auch im Verwechslungsbereich des Namensrechtes, liegt. Die Abwägung der Interessen des Namensinhabers und des Benutzers hat dabei nach den für das Warenzeichenrecht aufgestellten Grundsätzen zu erfolgen.

Darüber hinaus sind meines Erachtens die Grundsätze der Nährbier-Entscheidung[2] auf den Erwerb von Namensrechten anzuwenden, die Angaben des Allgemeingebrauchs enthalten oder sich an solche anlehnen. Das Maß der für die Zubilligung einer Namensfunktion erforderlichen Verkehrsgeltung bestimmt sich nach dem Freihaltebedürfnis der Allgemeinheit. Die Auffassung von Hefermehl[3], daß eine solche Bezeichnung auch dann schutzunfähig bleibe, wenn sie sich im Verkehr als Hinweis auf ein bestimmtes Unternehmen durchgesetzt habe, halte ich für zu weitgehend. Mit der Steigerung der Anforderungen an das Maß der Verkehrsdurchsetzung beim Erwerb des Namensrechtes und der Anwendung des Rechtsgedankens aus § 16 WZG ist dem Freihaltebedürfnis ausreichend Genüge getan.

Auf eine Erörterung der verschiedenen Kollisionsfälle zwischen Namensrechten einerseits und anderen Kennzeichenrechten andererseits kann aus

---

1) RG GRUR 1933/578, 579

2) BGHZ 30/357 ff

3) Baumbach/Hefermehl, UWG 1964, 9. Aufl., § 16 Rdz. 36

mehreren Gründen verzichtet werden. Soweit es sich um bürgerliche Zwangsnamen handelt, ist das Prioritätsprinzip überhaupt unanwendbar und die Behandlung der Kollision mit anderen Namensrechten deshalb überflüssig. Soweit jedoch das Prioritätsprinzip Anwendung findet wie auf Wahlnamen, vollzieht sich die Durchsetzung der Ansprüche des prioritätsälteren Namensberechtigten gegen prioritätsjüngere andere Kennzeichenrechte nicht anders wie bei Warenzeichen, Firma oder Unternehmenskennzeichen bereits erörtert wurde. Gerade weil der Tatbestand des § 12 BGB durch die Rechtsprechung zur Schutzgrundlage für sehr verschiedenartige Kennzeichenrechte geworden ist, erschien es angebracht, bei der Behandlung der Kollision von Kennzeichenrechten vom Speziellen zum Allgemeinen vorzuschreiten. Obwohl § 12 BGB die wichtigste Generalklausel des Kennzeichenrechts ist, ist er doch als Ausgangspunkt für eine systematische Erörterung der Kollision von Kennzeichenrechten denkbar ungeeignet, da er in seiner heutigen Auslegung zu verschiedenartige Kennzeichenrechte umfaßt.

Lebenslauf

Am 29. Dezember 1940 wurde ich als älterer von zwei Söhnen des Senatspräsidenten am Bundesgerichtshof Rudolf Pehle und seiner Ehefrau Anna, geb. Weigand in München geboren.

Im Verlauf des Weltkrieges zog die Familie nach Traunstein (Obb). Dort besuchte ich von 1947 - 1951 die Volksschule und von 1951 - Dezember 1954 das Humanistische Gymnasium. Nach der Übersiedlung der Familie nach München besuchte ich von Dezember 1954 bis Juni 1960 das Alte Realgymnasium in München. Im Juni 1960 bestand ich dort die Reife - prüfung.

Seit dem Wintersemester 1960/61 studierte ich an der Ludwig-Maximilians-Universität München Rechtswissenschaften. Am 11. Januar 1965 bestand ich die erste juristische Staatsprüfung 1964 II. Während des Vorbereitungsdienstes als Rechtsreferendar studierte ich im Wintersemester 1966/1967 an der Hochschule für Verwaltungswissenschaften in Speyer.

Am 2. Mai 1969 bestand ich schließlich die zweite juristische Staats - prüfung 1968 II.